BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 983

(Ano XII)

(07/11/2020)

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

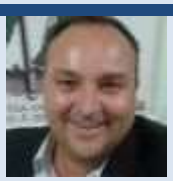
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Educação inclusiva é um caminho sem volta
Carlos Eduardo Rios do Amaral, 06.

ARTIGOS

Política de sanção a medidas alternativas do encarceramento: experiências europeias e brasileiras com penas criminais, intermediárias e alternativas
Carlos Anderson Nascimento Freitas. 08.

Justiça, crime, pena e barganha: uma composição possível e necessária no estado democrático de direito
João Paulo Taveira da Silva e Gilmar Gonçalves da Silva, 30.

Instrumentos jurídicos de combate à corrupção
Raphaela Maria de Oliveira Moraes Vasques, 53.

A pluralidade dos vínculos parentais e os efeitos da tese estabelecida na Repercussão Geral nº 622 do STF
Eliane Nascimento de Oliveira, 71.

Aspectos jurídicos da negativa da legítima defesa
Genilson Felipe, 89.

Planejamento tributário como ferramenta de estratégia competitiva para micro e pequenas empresas
Charles Ulisses Vieitas Valente, 106.

Direito do consumidor em tempos de pandemia: uma análise sobre o aumento de práticas abusivas
Samuel Weiner Moura Araujo, 118.

Internação domiciliar com monitoramento eletrônico: a efetiva participação da família e do estado na ressocialização do adolescente infrator
Raimundo José de Sousa Araújo, 136.

O STF na vanguarda da reforma administrativa: uma aplicação prática do princípio da inovação
Elder Soares da Silva Calheiros, 155.

As flexibilizações da jornada de trabalho na Reforma Trabalhista e seus desdobramentos para o trabalhador
Leonardo Andrade Cruz, 161.

Direito de família: uma análise sobre a reestruturação do direito de visita dos avós em tempos de pandemia
Iasmine Silva Medeiros e Karine Silva Oliveira, 183.

Quando o afeto sucumbe à mágoa alheia: dano moral e responsabilidade civil nos casos de alienação parental
Paulo Vinicius Almeida Guimarães Morais, 199.

Assédio moral no cotidiano de trabalho dos assistentes sociais
Pedro Leonardo Cedrola Vieira, 218.

Políticas públicas de lazer para idosos em Manaus
Raimundo Nonato Neto Carneiro, 229.

Crimes virtuais: aspecto jurídico e processual nos crimes de informática
Leandro Moraes de Lima Marcolino, 247.

Acidentes de Trabalho: A Responsabilidade Civil do Empregador em Atividade de Risco
Dayvison das Neves Marinho, 266.

Controvérsia na aplicação do Código de Defesa do Consumidor e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a figura do consumidor intermediário
Josué Ferreira da Silva e Juliana Gomes de Sousa, 278.

Aspectos jurídicos sobre o inquérito das fake news instaurado pelo Supremo Tribunal Federal
Alexandrino Roosevell da Silva, 300.

A reserva de vagas para portadores de necessidades especiais em concurso público diante do princípio da igualdade
Danilo França Falcão Pedrosa, 322.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Código de Processo Civil de 1973 e o Código de Processo Civil vigente com a nova interpretação quanto as condições da ação
Jesse Souza Vieira, 327.

O Assistente Religioso na Maior Penitenciaria do Amazonas: Uma Análise Jurídica e Teológica da atuação do Capelão Carcerário no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ
Angelo Antonio Liborio de Oliveira Filho, 335.

Os efeitos da culpa na responsabilidade alimentar em face da dissolução do vínculo conjugal
Gustavo Franco Andrade Pires, 399.

Parâmetros sobre o lucro real na atividade fiscal frente ao setor da construção civil
Rhuan Carlos Duarte Martins, 424.

Direitos e garantias fundamentais do indiciado no inquérito policial
Marcos Altenir dos Santos Lima, 430.

Sistema prisional de Manaus: na perspectiva do cidadão laico jurídico
Tomaz Rocha Cid Filho, 450.

Castração química com o intuito de inibir o crime de estupro
Mateus Sardinha Lima, 463.

Holding familiar e suas implicações no planejamento sucessório e tributário
Isadora Furtado Lelis, 484.

Judicialização da saúde, a insuficiência nos atendimentos, na distribuição de medicamentos e o insucesso na garantia dos direitos fundamentais
Albert Lucas Sousa Egas Soares, 503

O direito ao esquecimento e a liberdade de expressão na era da informação
Alysson Simões Souza e Jane Silva da Silveira, 515.

Justiça penal negociada: estudo comparativo do acordo de não persecução penal na Resolução n. 181/2017 do CNMP e na Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019)
Camilla Oliveira Santos Sousa, 535.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A relevância da carga tributária brasileira para o setor de construção civil
Rhuan Carlos Duarte Martins, 564.

Judicialização da Saúde: A Tutela Provisória de Urgência como Alternativa de Resguardo ao Direito à Saúde
Isis de Oliveira Freire, 582.

Reparação civil por danos morais decorrentes da ruptura e violação dos deveres do casamento
Isadora Paiva Pascarelli, 599.

Sistema penitenciário brasileiro e o estado de coisa institucionais
Vanessa da Conceição de Lima, 610.

A ocupação fundiária irregular no Distrito Federal e seu componente estratégico (Poder Executivo)
Acacia Regina Soares de Sa, 629.

A prisão preventiva e seus reflexos na superlotação carcerária no Brasil
Dominique Louisie Monteiro Koop, 639.

Separação de poderes: uma abordagem histórica e analise sobre a atual desarmonia entre os Poderes
Bruno Santeiro dos Santos, 659.

A contribuição da Lei 4.790/19, para o diagnóstico e prognóstico de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade, dos estudantes do ensino fundamental, no estado do Amazonas
Alice Arlinda Santos Sobral, 677.

Responsabilidade civil por abandono afetivo inverso: análise sobre a possibilidade de indenização por danos morais pela ausência de cumprimento do dever constitucional de cuidado dos filhos em relação aos pais
Victor Souza da Silva, 691.

A prática do lawfare e ativismo judicial em solo brasileiro
Diego Rodrigues do Nascimento, 705.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

EDUCAÇÃO INCLUSIVA É UM CAMINHO SEM VOLTA

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Volta e meia políticos do momento pelos seus mais diversos motivos surpreendentemente atacam os consagrados princípios da igualdade e não-discriminação das pessoas com deficiência. Talvez pensando mais no Orçamento Público do que na dignidade da pessoa humana. Olvidando que o planejamento e a execução das finanças públicas são servientes dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Não existe discricionariedade administrativa ao agente público para atingir a dignidade da pessoa com deficiência.

O legado maldito do nazismo que tomou conta da Europa durante o Terceiro Reich de 1933 até 1945, que acreditava na superioridade de uns em detrimento de outros, inaugurando técnicas de segregação, eutanásia e extermínio de pessoas, não pode e não deve despertar novamente. Somos todos iguais, custe o que custar – e vale também para o Orçamento Público –, doa a quem doer – inclusive políticos –, quem viver verá. O Século XX passou levando consigo a era de intolerância, discriminação e totalitarismo. Não queremos nunca mais guetos, campos de concentração, entidades paramilitares e propaganda psicológica estatal.

O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade não é uma alternativa, nem de longe uma opção política. É o fundamento da República Federativa do Brasil, ao encontro dos valores universais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Todo o recente calhamaço legislativo brasileiro caminha a passos largos no sentido de reconhecer e promover direitos iguais e inalienáveis das pessoas com deficiência.

O extenso artigo 24 da Convenção Internacional Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil em 2008, proclama que todos os Países devem assegurar um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, proibindo que as pessoas com deficiência sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência ou outro pretexto político malicioso. Reservas e políticas domésticas incompatíveis com o objetivo e o propósito dessa Convenção implica na denúncia deste instrumento internacional. Seremos o Hades do mundo?

É lamentável a necessidade das pessoas de bem e demais defensores da dignidade da pessoa humana terem de recorrentemente vociferar textos de lei contra políticas retrógadas fortuitas em descompasso com valores universais da plena e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

igual participação das pessoas com deficiência no sistema de ensino e na vida em comunidade. Nossos valores culturais deveriam, como devem, ser suficientes para consagrar a igualdade e não-discriminação de todos, o Direito deveria ser um *plus*.

O judaísmo, o cristianismo, o islamismo, a umbanda e as demais religiões que compõem a diversidade social e cultural brasileira são uníssonas em pregar o amor, a caridade, o respeito e a compaixão ao próximo. É incompreensível a necessidade das instituições democráticas e da sociedade civil de perscrutarem artigos, incisos e alíneas do ordenamento jurídico para dizer o óbvio: todos somos iguais. Paulo dizia aos gálatas: "Não há judeu nem grego, escravo ou livre, homem ou mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus".

Meu filho se sentará na sala de aula ao lado de um coleguinha portador de deficiência. E se meu filho for uma criança portadora de deficiência, ele se sentará na sala de aula ao lado de um coleguinha não portador de deficiência. Frequentarão a mesma padaria, o mesmo supermercado, a mesma praia, o mesmo shopping, o mesmo parque e talvez, ao final da vida de cada um, de uma vida igual e digna, serão sepultados no mesmo cemitério. Deixarão as lembranças de suas vidas e saudades neste plano.

E, se eu não tiver filhos, este é o mundo que quero viver.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

POLÍTICA DE SANÇÃO A MEDIDAS ALTERNATIVAS DO ENCARCERAMENTO: EXPERIÊNCIAS EUROPEIAS E BRASILEIRAS COM PENAS CRIMINAIS, INTERMEDIÁRIAS E ALTERNATIVAS

CARLOS ANDERSON NASCIMENTO FREITAS: Funcionário Público Estadual. Graduando em Direito no CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE MANAUS/ULBRA.

RESUMO: Este artigo explora a política de sanção a medidas do encarceramento que podem ser uma alternativa viável aos métodos tradicionais de sanção, principalmente como forma de desafogar o sistema prisional brasileiro. Explora as experiências europeias com aplicação de sanções penais intermediárias e alternativas que desafoguem o sistema prisional e reduzam o custo anual de funcionamento de cadeias e prisões. Como tal, os formuladores de políticas devem reconsiderar as sanções alternativas como parte de uma política de condenação mais ampla. Embora as penalidades financeiras não sejam opções em todos os casos, o grande número de infratores não violentos atualmente encarcerados sugere que existem oportunidades de outras punições para reduzir os gastos com justiça criminal e reduzir o número de pessoas presas. Na maioria dos países da Europa Ocidental, sanções judiciais intermediárias e alternativas são cada vez mais usadas para crimes de menor valor ofensivo. No Brasil alguns tribunais já seguem essas alternativas a algum tempo como a penalidade de serviços prestados a comunidade, penalidades financeiras, etc. Este estudo faz um comparativo entre as principais medidas intermediárias e alternativas de sanções penais entre países da Europa Ocidental e do Brasil. Duas conclusões podem ser desenhadas. Em primeiro lugar, após a imposição de uma sanção ou medida intermediária ou alternativa, ocorre uma redução na atividade criminosa do infrator. Em segundo lugar, esta redução anda de mãos dadas com um progresso em várias esferas relevantes da vida.

Palavras-Chave: Encarceramento. Justiça Criminal. Penas alternativas e intermediária.

ABSTRACT: This article explores the policy of sanctioning measures of incarceration that may be a viable alternative to traditional methods of sanction, mainly as a way of relieving the Brazilian prison system. It explores European experiences with the application of intermediate and alternative criminal sanctions that relieve the prison system and reduce the annual cost of running jails and prisons. As such, policymakers must reconsider alternative sanctions as part of a broader condemnation policy. While financial penalties are not an option in all cases, the sheer number of non-violent offenders currently incarcerated suggests that there are opportunities for further punishment to reduce criminal justice spending and reduce the number of

people arrested. In most Western European countries, intermediate and alternative judicial sanctions are increasingly used for crimes of less offensive value. In Brazil, some courts have already followed these alternatives for some time, such as the penalty for services rendered to the community, financial penalties, etc. This study made a comparison between the main intermediate and alternative measures of criminal sanctions between countries in Western Europe and Brazil. Two conclusions can be drawn. First, after the imposition of a sanction or intermediate or alternative measure, there is a reduction in the criminal activity of the offender. Second, this reduction goes hand in hand with progress in several relevant spheres of life.

Keywords: Imprisonment. Criminal Justice. Alternative and intermediate penalties.

1 INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas do sistema prisional brasileiro é a superlotação das unidades prisionais. No Brasil, existe a máxima de que se prende muito e se prende mal. Mais de 40,0% da população carcerária brasileira é de presos provisórios, uma anomalia da justiça criminal do Brasil, que não cumpre as regras do direito penal e permite que uma pessoa continue presa, mesmo a lei dizendo outra coisa e, quando um magistrado cumpre a lei soltando um preso que tem esse direito (não importa o crime que cometeu) é execrado publicamente por uma imprensa capciosa que acaba por interferir na opinião pública (MACHADO e GUIMARÃES, 2014).

A maioria dos países ocidentais, adotou políticas de maior encarceramento quando confrontados com o aumento das taxas de criminalidade da década de 1970. A mudança para um encarceramento maior envolveu sentenças de prisão mais longas e aumento do encarceramento de infratores não violentos. Muitos países europeus experimentaram um aumento de 50,00% nas sentenças de prisão médias ao longo dos anos 1980 (BARROS, 2012).

Durante o mesmo período, a população carcerária de muitos países tornou-se cada vez mais composta de infratores não violentos - com esses infratores atualmente representando mais de 60,00% do total da população carcerária, em comparação com 40,00% em 1980 (PINTO, 2006).

Os impactos sobre o sistema de justiça criminal têm sido significativos, com as taxas de encarceramento, atingindo níveis históricos e os gastos mudando da aplicação para o encarceramento. A taxa de encarceramento nos Estados Unidos aumentou mais de 220% desde 1980, o que resultou no maior complexo de encarceramento do mundo industrializado. Consequentemente, o financiamento para a aplicação da lei foi reduzido em números relativos, com a parcela da justiça criminal anual, as despesas com aplicação da lei caíram de 53,0% para 44,0% por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cento durante os anos 1980 e a parcela para encarceramento aumentou de 25,0% para 34% por cento (AZEVEDO e CIFALI, 2015).

Esse fenômeno atingiu também o Brasil que somente em 10 anos (2006 a 2016) passou de 401,2 mil presos para 726,7 mil presos, praticamente dobrando a população carcerária brasileira, sem aumentar o número de vagas e piorando as instalações para manter essas pessoas presas. A Alemanha, em contraste, recorreu a sanções alternativas como resposta aos crescentes índices de criminalidade da década de 1970 (SANTOS 2018).

Um elemento-chave da reforma penal alemã substituiu a prisão de curto prazo por penalidades financeiras - curto prazo sendo definido como 6 meses ou menos. O uso de penalidades financeiras aumentou de 63,0% das decisões judiciais para mais de 80,0%, enquanto o uso de sentenças de curto prazo diminuiu 90,0%. Como consequência, a Alemanha reduziu os gastos com justiça criminal sem afetar negativamente as taxas de criminalidade (ASSUMPÇÃO, 2014).

A economia potencial da substituição de sentenças de curto prazo por sanções alternativas surgem do grande número de presidiários cumprindo tais penas. As sentenças de prisão de curta duração respondem por 83,0% das sentenças na Suíça e 93,0% das sentenças em Quebec no Canadá. No caso de Quebec, os presos cumprindo sentenças de curto prazo ocupam metade da capacidade da prisão (CAVALCANTE, s/d).

Dado que os gastos com justiça criminal representam uma parte substancial dos gastos públicos, qualquer aumento de eficiência em relação aos métodos de sanção resultará em economias significativas no campo financeiro e no campo social. Isso é especialmente verdadeiro nos níveis estadual, onde ocorrem 85,00% do total de despesas. Sanções alternativas, como penalidades financeiras, fornecem um método viável para aumentar a eficiência do sistema de justiça criminal (CAVALCANTE, s/d).

Desta forma, este artigo tem por objetivo geral explorar a política de sanção a medidas do encarceramento que podem ser uma alternativa viável aos métodos tradicionais de sanção, principalmente como forma de desafogar o sistema prisional brasileiro, além de especificamente fazer um comparativo entre as principais medidas intermediárias e alternativas de sanções penais entre países da Europa Ocidental e do Brasil; investigar empiricamente o efeito dissuasor de penalidades intermediárias e alternativas; e, entender os efeitos do suporte empírico para as sanções tradicionais com a evidência limitada encontrada na literatura sobre penalidades intermediárias e alternativas para crimes de menor valor ofensivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os resultados indicam que as penalidades intermediárias e alternativas fornecem um efeito dissuasor significativo e são alternativas aos métodos tradicionais de sanção com duas conclusões que podem ser desenhadas. Em primeiro lugar, após a imposição de uma sanção ou medida intermediária ou alternativa, ocorre uma redução na atividade criminosa do infrator. Em segundo lugar, esta redução anda de mãos dadas com um progresso em várias esferas relevantes da vida.

2 OS MALES CAUSADOS PELO ENCARCERAMENTO DO DETENTO NOS ASPECTOS PSICOSSOCIAIS E EMOTIVOS

Este item examina a provável identidade existente entre a prisão o os males que ela causa na personalidade do elemento punido. Sobretudo por transtornos que, em vez de ser revelarem claramente, se escondem por detrás dos maios variados elementos orgânicos, contribuindo para o indivíduo infrator adequar o seu comportamento ao grau do tempo em que ficará encarcerado, com a perda do bem da liberdade, pelo cometimento de um crime (MOREIRA, 2017).

O crime é um acontecimento raro: comporta o risco de sanção (prisão); aqueles que experimentam um sentimento de frustração relativa podem refugiar-se no ritualismo e na retração e há muita probabilidade de que o façam se conquistaram um *status* social mínimo que se arriscariam a perder engajando-se em uma nova ação; enfim, há muita probabilidade de essa ação que o desvio representa malograr se não encontrar circunstâncias favoráveis. Se há crime pode haver sanção de um ato reprovado (MELLO, 2010).

Segundo Gomes (2008, p. 216) ao "conjunto de recursos e normas que regulam a execução das penas privativas de liberdade dá-se o nome de sistema penitenciário".

O ramo do direito penal que estabelece os fundamentos e a razão de ser da pena e determina a atuação que devem ter aqueles que são incumbidos de aplicá-la é o direito penitenciário, que se fundamenta em duas grandes correntes ideológicas: a que considera a pena como forma de retribuição do crime, por imposição da justiça; e a que vê a pena como instrumento de defesa social e forma de pressão para que o criminoso pague pelo crime que cometeu e não o cometa mais. E como reage o ser humano encarcerado, quando a sanção punitiva lhe é aplicada? Como reage sua psique e suas emoções: as emoções se produzem, segundo Kirchner (2016, p. 17) em três áreas: "física, ambiental e intelectual".

Uma emoção poderia ser uma resposta a uma situação (por exemplo, medo é resposta a uma ameaça); pode também ser uma motivação (por exemplo, a raiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

poderia levar qualquer Ser humano a agredir); ou ainda uma finalidade em si (quando, por exemplo, age-se de certa maneira para alcançar a alegria, amar ou ser amado) (KIRCHNER, 2016).

Cada ser humano experimenta as emoções de maneira um tanto diversa. Entretanto, é possível notar que há tendências comuns. O medo provoca sensações físicas (batidas mais rápidas do coração, suor, tensão no corpo), uma percepção de ameaça e uma certeza de perigo. Esse medo é constante em função de vários aspectos, como destaca Barreto (2016, p. 4):

> As condições de vida a que os presos são submetidos e a violência existente no interior dos cárceres torna aversivo o ambiente do recluso. O interno tem a sensação de constante patrulhamento. A sensação de vigilância, o poder disciplinar e o medo da reação policial diante de qualquer ato intempestivo são fatores que oprimem o indivíduo e acabam por modelar uma identidade, de forma que o interno permaneça passivo. Ao recluso, resta apenas a possibilidade de ser servil e de se submeter ao sistema prisional, tornando mais eficiente a relação "docilidade-utilidade".

Como se pode observar o medo, por mais que alguns detentos não deixem que sejam externados é uma constante atingido á área emocional física do preso. Conforme aponta Moreira (2017) que diz que o medo faz parte do cotidiano das prisões e, dele decorre uma série de transtornos emocionais de toda ordem.

Existem aqueles que, por medo, se tornam agressivos em excesso; àqueles que se tornam reclusos introspectivos; por bem, cada um tem uma reação diferente, cada um com sua sensação própria, provocada por um sistema perverso que se afirma pela punição extrema, por demonstrar que “eles merecem o que estão passando (MELLO, 2010).

As emoções começam a agir quando são estimuladas por forças e circunstâncias exteriores. A maneira como os detentos percebem os estímulos determina a intensidade de sua força de lidar com a prisão. Por exemplo, dois detentos, do mesmo pavilhão, sofrem algum tipo de agressão. O primeiro age com indiferença. O segundo, não; fica com raiva e reage com a mesma intensidade. Ambos foram estimulados, mas cada um reagiu de maneira diferente (KIRCHNER, 2016).

Desta forma se nota como a parte intelectual e mental exerce influência. E é um fator significativo no grau de intensidade e no tipo de emoção que cada um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

experimenta. Além do ato em si, também é importante verificar como o detento percebeu e aceitou a ação. Um detento, na solitária, poderia morrer de medo, outro não, achando que é uma situação normal para a situação em que está envolvido (KIRCHNER, 2016).

Mas, sem dúvida, que a depressão, mesmo que escondida em comportamentos agressivos atinge os detentos, tanto na parte emocional, como na psicossocial. A depressão deixa a pessoa parada, passiva; uma sensação de perda e fracasso; e uma convicção de inutilidade, de ser sem valor (KUROWSKI, 2009).

Assim, segundo Moreira (2017), a dor, o desgosto, a vergonha provoca muitos aspectos no campo psicossocial e emocional do detento, mesmo que eles não demonstrem, até por se trata de situações de defesa e cada situação possui os três ingredientes dos três elementos: físico, ambiental e intelectual. Quanto maior a provocação e o envolvimento mais forte será a intensidade da emoção e a consequência psicossocial.

No caso das prisões emoções e sentimentos devem ser discutidos abertamente, com franqueza e honestidade. Do contrário, geram hostilidades, que acentua a dor, e insegurança, entre os detentos (KUROWSKI, 2009).

Assim a aplicação de sanções pelo sistema legal tem estado na vanguarda dos esforços da sociedade para controlar o comportamento criminoso. A tendência mais recente tem sido o uso de sentenças de prisão, principalmente as chamadas sentenças intermediárias ou alternativas, para atingir esse objetivo (MELLO, 2010).

As sentenças intermediárias ou alternativas são prescrições de sentenças semelhantes a grades que tentam fazer com que a punição seja adequada ao crime. A discrição judicial é severamente limitada no que diz respeito à ponderação de circunstâncias individuais na sentença (ZAVASCKI, 1996).

Quase todos os estados dos EUA, no Canadá e nos países da Europa Ocidental têm algum tipo de lei para sentenças intermediárias ou alternativas, em que os crimes relacionados a drogas (pequenos traficantes) e crimes financeiros, por exemplo, têm figurado com destaque (CAVALCANTE, s/d).

Nos Estados Unidos, o Estado da Califórnia tem sido líder nesta área como proponente de uma das políticas mínimas obrigatórias mais amplas, mais rígidas e mais rigorosamente aplicadas, comumente conhecida como a lei "três *strikes and out*". Na Europa Ocidental, a Bélgica, a Suíça e a Alemanha lideram esssa processo. Esse processo de sentenças intermediárias e alternativas segue as orientações do que a prisão causa a uma pessoa em contraponto a justificativa das sentenças

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

obrigatórias de que elas ensinarão aos infratores que a punição é certa e severa e, portanto, que o crime não compensa (CAVALCANTE, s/d).

Em outras palavras, essa política é amplamente baseada na suposição de que certas penas de prisão desencorajam especificamente os infratores. E esse tipo de medida radical lotou os presídios brasileiros e os transformou em escolas do crime, prejudicando psicologicamente pequenos infratores que poderiam ser evitadas com aplicação de penas intermediárias ou alternativas. Os efeitos das sentenças de prisão justificam a prisão. As escolas de pensamento sobre a validade da hipótese de dissuasão específica no que se refere ao uso da prisão são revistas (BARROS, 2012).

3 SANÇÕES ALTERNATIVAS DE PRISÃO

Embora a literatura forneça uma grande quantidade de suporte teórico e empírico para as sanções tradicionais, as penalidades intermediárias ou alternativas só receberam atenção significativa dos esforços teóricos a partir do final da década de 1960 (FRANÇA, 2009).

O trabalho inicial de Becker (1968) apud Barros (2012) sugeriu a imposição de uma multa igual à riqueza do infrator, mas estudos subsequentes descobriram que multa ideal pode ser menor do que os níveis de riqueza, mas mesmo assim deve ser usado antes de voltar para o encarceramento.

Trabalhos relacionados indicam que outros tipos de sanções como serviços prestados a comunidade, prisões domiciliares com uso de tornozeleira eletrônicas, como sanções ótimas que podem envolver também uma combinação de penalidades financeiras não são substitutas perfeitas enquanto também sugerir que a natureza imprecisa da determinação do nível de penalidade do infrator justifica o uso de sanções alternativas (LEMGRUBER, 2015).

Embora a teoria sugira claramente que as penalidades intermediárias ou alternativas fornecem um efeito dissuasor, a evidência empírica demorou a aparecer. Algum suporte empírico para penalidades intermediárias ou alternativas pode ser encontrado no exame de Wolpin (1978) apud Barros (2012) de crimes contra a propriedade no Reino Unido e no estudo de Block et ai. (1981) apud Pinto (2006) sobre violações antitruste. Outros estudos sugerem que as penalidades intermediárias e alternativas são eficazes para dissuadir crimes menores, como estacionamento ilegal, não recolher fezes de cachorro e atrasar-se para buscar crianças em creches, no caso do Reino Unido.

Ao tentar fazer um balanço da situação no campo das alternativas à prisão, na Europa Ocidental e comparar com o Brasil, se estar no cerne da inconsistência geral

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da política penal denunciada de forma inequívoca pela Comissão Consultiva Nacional de Direitos Humanos em um relatório de 2007 - que não envelheceu nem um pouco. As variações nos textos e discursos não permitem identificar uma política penal estável e legível, em primeiro lugar para os magistrados, aos quais se critica, para um dia utilizarem a detenção de forma abusiva, e no dia seguinte para encarcerar muito pouco (QUADROS, 2005).

Para evitar está catástrofe, não há outra solução que ir a uma marcha forçada no sentido de uma prorrogação das alternativas à reclusão (no momento da prolação da sentença) e dos ajustamentos da sentença (pelo juiz, quando a decisão de reclusão já foi tomada) (COSTA, 2010).

Nessa justiça de matiz, alternativas à prisão de repente encontram virtudes que pensa-se ter sido esquecidas, que não mais celebra-se exceto em conferências, ou que eram regularmente invocadas em recomendações internacionais (COSTA, 2010).

Desde o final da década de 1970, as instituições europeias têm vindo a aumentar os incentivos de sanções intermediárias ou alternativas. Numa recomendação de 19 de Outubro de 1992, o Comité de Ministros do Conselho da Europa propôs o recurso a alternativas à detenção que apresentava uma utilidade real, tanto para o infrator como para a comunidade, uma vez que o infrator é capaz de continuar a exercer suas escolhas e assumir suas responsabilidades sociais (BITTENCOURT, 2011).

Torres (2018, p. 33) reproduz a Recomendação do Comitê de Ministros aos Estados do Parlamento Europeu:

> O Parlamento Europeu, em resolução de 17 de dezembro de 1998, declarou-se favorável à prorrogação, nos diversos sistemas, de medidas alternativas à prisão e de penas alternativas como meio flexível de garantir a execução das penas. Em 30 de setembro de 1999, o Conselho da Europa, em uma nova recomendação sobre superlotação das prisões e inflação carcerária, instou promotores e juízes a usar o mais amplamente possível as sanções e medidas aplicadas na Comunidade.

Os últimos anos foram, portanto, marcados por uma alternância ou mesmo uma sobreposição de regras inspiradoras contraditórias. A Lei de 9 de março de 2004 que adapta o sistema de justiça às mudanças na criminalidade dedicou um capítulo inteiro às sentenças alternativas e ajustes de sentenças, aumentando os poderes do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

juiz responsável pela aplicação das penas e os meios dos serviços penitenciários de integração e liberdade condicional (FRANÇA, 2009).

No ano seguinte, a lei de 12 de dezembro de 2005 facilitou o encarceramento de reincidentes e restringiu seu recurso a uma das melhores alternativas à prisão, a pena suspensa com liberdade condicional. Em 27 de abril de 2006, uma circular do Ministro da Justiça incentivou os juízes a recorrerem mais a medidas alternativas, inclusive no contexto de comparências imediatas (LEMGRUBER, 2015).

No ano seguinte, a lei de 10 de agosto de 2007 criou penas mínimas para os infratores reincidentes, incitando reclusos muito longos e limitando seus ajustes de pena (TORRES, 2018).

A lei penitenciária de 24 de novembro de 2009 é o símbolo dessas contradições. Criou um artigo excelente no código penal que estabelece que uma sentença de prisão firme só pode ser imposta como último recurso. Tudo está aqui. Deve-se primeiro descobrir, o código agora diz, se outra sanção não é mais adequada. E se alguma vez for escolhida a prisão, esta sentença deve ser objeto de um ajustamento se a personalidade e a situação do condenado o permitirem, e salvo impossibilidade material (QUADROS, 2005).

Apesar de somente na década de 1970, alguns países europeus terem iniciado discursões parlamentares para a implantação de penas intermediárias ou alternativas, desde 1855 que a Organização das Nações Unidas, já defendia penas intermediárias ou alternativas as sanções de prisão (COSTA, 2010).

Em 14/12/90, a ONU aprovou a Resolução 45/110 que recomendava a adoção de regras mínimas das nações Unidas para elaboração de medidas não privativas de liberdade (BITTENCOURT, 2011).

O Brasil, país signatário das resoluções da ONU, deu inicio em 1984 da reforma do Código Penal, justamente por que a legislação penal brasileira já tinha uma legislação penal muito obsoleta que remontava ao período da à Segunda Grande Guerra, completamente distante da realidade da década de 1980. Nasceu então a Lei nº 7.209/1984, que remodelou a parte geral do Código Penal (CP) introduzindo no Brasil algumas novas formas de punição, totalmente inéditas no ordenamento jurídico brasileiro (MARTINS, 2009).

O fato mais relevante deste novo momento deu-se com a promulgação da Lei nº 9.714/98 (Penas Alternativas). Essa lei nasceu com base no Sistema Europeu de penas intermediárias ou alternativas com a justificativa de suprir por inteiro a pena privativa de liberdade contra crimes de menor valor ofensivo, reservando-se a prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para crimes graves e cuja periculosidade recomende seu isolamento do seio social (TORRES, 2018).

Para crimes de menor gravidade, o Brasil passou a adotar a solução de impor restrições aos direitos do condenado, mas sem retirá-lo do convívio social. Assim sua conduta criminosa não seria considerada impune, mas punível com outras medidas, algumas até privativas de liberdade (prisão domiciliar), mas sem viver no ambiente prisional (MARTINS, 2009).

3.1 Serviços prestados a comunidade

O serviço comunitário é certamente a sanção mais inteligente que existe. Mas é, infelizmente, um dos menos usados no Brasil e na Europa. O serviço comunitário pode ser pronunciado pelo tribunal criminal, por acordo com o Ministério Público homologado pelo tribunal ou pelo tribunal de menores. O seu objetivo é impor ao condenado o trabalho comunitário não remunerado, pelo prazo fixado pelo juiz (FELIPETO, 2014).

Esta instituição requer, portanto, a existência de estações de trabalho. No entanto, no Brasil e na Europa, é mais difícil encontrar esses cargos do que criar locais de prisão. Toda a dificuldade do serviço comunitário está numa mobilização muito insuficiente do aparato estatal para criar esses cargos enquanto, ao mesmo tempo, os planos de construção dos presídios se sucedem e é o orgulho dos políticos (MARQUES, 2016).

É por isso que o serviço comunitário tem sido uma sentença marginal desde o seu início, o número total atingindo dolorosamente na Europa é de 50.000 por ano, ou cerca de 6,00% das sentenças proferidas. No Brasil nem chega a 1,00% das sentenças proferidas, segundo Müller e Padilha (2019).

A Tabela 1 apresenta dados das penas alternativas de serviços comunitários na Europa e no Brasil proferido por tribunais criminais e tribunais de menores.

Tabela 1 – Sanções de serviços comunitários pronunciado por tribunais criminais e tribunais de menores e executado

	Europa		Brasil	
	1996	**2016**	**1996**	**2016**
Sentenças de serviços comunitários suspensas	11.615	10.654	3.456	6.890

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sentenças de serviços comunitários pronunciadas	11.789	19.657	3.657	5.912
TOTAL	**23.404**	**30.311**	**7.113**	**12.802**

Fonte: Müller e Padilha (2019, p. 134);

Percebe-se que na Europa as sentenças anuladas sofreram uma queda 11.615, para 10.654, em 20 anos, o que representa uma redução de 8,27%. Já as sentenças proferidas de serviços prestados a comunidade subiram de 11.789 para 19.657 em 20 anos o que representa, um aumento de quase 67,00%, o que caracteriza que se está usando cada vez mais as penas alternativas de prisão na Europa. Já no Brasil tem-se o feito contrário. As sentenças anuladas de penas alternativas tiveram um crescimento de mais de 100,00%, saindo de 3.456 para 6.890 em 20 anos. Mas também houve crescimento da ordem de 62,00% no número de decretação de sanções alternativas saindo de 3.657 para 5.912. Mas percebe-se que em relação à Europa Ocidental, a decretação de sentenças alternativas de serviços prestados a comunidade é bem menor, ou seja, lá é uma prática comum; aqui no Brasil é uma prática que ainda não se consolidou (MÜLLER e PADILHA, 2019).

O serviço prestado a comunidade é realizado dentro de uma associação, uma instituição pública (estado, região, departamento, município), um estabelecimento público (hospital, estabelecimento de ensino, etc.) ou uma pessoa jurídica de direito privado responsável por uma missão de serviço público (SANTOS, 2015).

Só pode ser pronunciado na presença do condenado e com o seu consentimento expresso. A decisão fixa a duração em que esta pena deve ser cumprida. O serviço prestado a comunidade pode ser combinado com trabalho assalariado, mas dentro do limite de horas semanais. O juiz é o responsável pelo acompanhamento da medida e o elo entre o serviço encarregado do serviço prestado a comunidade e a justiça (MARQUES, 2016).

Em caso de não execução, a sanção difere dependendo do tipo de serviço prestado a comunidade. Se pronunciada como a sentença principal, o não cumprimento constitui um crime autônomo punível com pena de reclusão no Brasil e na Europa, além de os infratores podem ser multados. Porém, a lei prevê que, no momento do pronunciamento do serviço prestado a comunidade, o juiz já pode definir, dentro de certos limites, a pena de prisão ou multa em caso de não execução (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Nesse caso, tanto na Europa Ocidental como no Brasil, o próprio juiz aplicador da pena pode pronunciar a sanção, podendo ser mitigada. Se o serviço prestado a comunidade foi emitido em conjunto com uma pena suspensa, cabe ao juiz sancionar

a não execução, revogando parcial ou totalmente a pena suspensa (MÜLLER e PADILHA, 2019).

3.2 Vigilância eletrônica

Essas medidas são consideradas, na lei, como tantas formas de execução de penas de prisão. Essas são, sentenças isoladas que não significam seu nome. A lei definiu, tanto na Europa como no Brasil as condições sob as quais eles poderiam ser pronunciados e as ampliou significativamente. No Brasil o uso de monitoramento eletrônico é regido pela Lei nº 12.258/2010 (ASSUMPÇÃO, 2014)

O condenado deve justificar o exercício de uma atividade profissional ou estágio, uma educação, uma formação profissional, mesmo uma procura assídua de emprego, da participação indispensável na sua vida familiar, acompanhamento médico ou mesmo envolvimento duradouro em qualquer outro projeto de integração ou reintegração caracterizado que possa prevenir o risco de reincidência, na Europa. No Brasil esse dispositivo está aberto aos presos do sistema aberto ou semi aberto dependendo do caso, e nas saídas temporárias dos presos, além de condenados em prisão domiciliar (TORRES, 2018).

Assim presos que não oferecem nenhum perigo às pessoas são colocados sob essa situação na Europa; no Brasil nem é bem assim. Alguns presos, ligados ao tráfico de drogas que estão sob o regime semiaberto ou aberto, monitorados ou quebram a tornozeleira para continuarem a delinquir ou não voltam para o sistema pós saída temporária (TORRES, 2018).

Assim, tanto na Europa Ocidental como no Brasil, o princípio da aplicação do monitoramento eletrônico de condenados é que o condenado seja obrigado a permanecer em casa (ou com quem o acolhe) durante determinados horários fixados pelo juiz (AZEVEDO e CIFALI, 2015).

As faixas de liberdade correspondem a uma atividade profissional, cuidado, educação, procura de emprego. O condenado usa uma pulseira no tornozelo ou no pulso que o liga a um sistema de vigilância gerido pela administração penitenciária. Esta pulseira emite ondas para uma caixa conectada à tomada e à linha telefônica. Caso a pessoa saia de casa no horário restrito, um alarme é acionado remotamente na central de monitoramento, caso não receba mais as ondas da pulseira. O fiscal, após verificação, informa o magistrado que acompanha a medida (BARROS, 2012).

Esse tipo de medida foi criada na Europa Ocidental na década de 1990 e no Brasil com a edição da Lei nº 12.258/2010 e teve uma implementação bastante lenta tanto na Europa Ocidental como no Brasil. Foi a partir de 2007 na Europa Ocidental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que conheceu um crescimento significativo; no Brasil a partir do ano de 2016, sendo considerado pelo Ministério da Justiça uma peça central da sua política penal. (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Na Europa, cerca de 5.000 a 6.000 medidas são pronunciadas a cada ano. No Brasil, por conta de problemas orçamentários, não chegam nem a 2000, mesmo o Brasil possuindo a maior população do mundo de presos provisórios e a 3ª população carcerária do mundo. O número de medições em andamento continua aumentando (MÜLLER e PADILHA, 2019).

A restrição que exerce sobre o condenado é extremamente forte. As pessoas falam sobre ela como prisão domiciliar. De certa forma, a pessoa absorve a prisão, integra-a ao seu cotidiano (BARROS, 2012).

O monitoramento eletrônico exige condições especiais: uma casa, claro, uma linha telefônica cujas contas estão pagas, um mínimo de recursos (porque o custo da medida, a pagar pelo condenado, não é desprezível) na Europa; embora no Brasil, não exista essa especificidade toda, algumas condicionalidades são inerentes, como o caso de não periculosidade, só que algumas vezes isso não é cumprido (CAVALCANTE, s/d).

É por isso que a determinação de monitoramento eletrônico deve ser cercada de fortes precauções e informações precisas do condenado. Em qualquer caso, a medida só pode ser decretada com o acordo do arguido, que foi previamente informado. De acordo com a interpretação da própria Lei no Brasil, essa medida é uma prerrogativa do Juiz de Execuções Penais que determina o direito ou não do preso a usar monitoramento eletrônico, ou do juiz criminal ao decretar a prisão domiciliar (COSTA, 2010).

3.3 Outras medidas alternativas de prisão

Qualificadas como sentenças alternativas, outras medidas são, na verdade, muito poucas. O regime de multa foi criado, na Europa Ocidental pela Lei de 10 de junho de 1983, o estágio de cidadania pela Lei de 9 de março de 2004 e a sanção de reparação pela Lei de 5 de março de 2007. O código penal europeu dispõe que podem substituir pena de prisão, mas, na realidade, a sua aplicação em nada alterou a jurisprudência penal e a taxa de reclusão. No Brasil, admite-se a penalização financeira há muito tempo, mas é pouco aplicada. Mas as opções são muito pocas na Europa Ocidental e quase inexistes no Brasil (FELIPETO, 2014).

O problema na Europa Ocidental é a adaptar os códigos penais de cada país membro da União Europeia (UE). É preciso uma boa dose de cultura jurídica, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

também política, para entender porque e como uma sentença de prisão de até dois anos, pronunciada um dia, pode, no dia seguinte, se transformar em uma pena alternativao. Numa época em que a eficiência, a rentabilidade e, de uma forma mais geral, os problemas orçamentais são as prioridades, pode-se perguntar por que colocar tanta energia em sancionar e refazer a obra logo em seguida (FELIPETO, 2014).

No Brasil, o CP contém princípios excelentes, mas eles não são aplicados. A Lei prevê que o tribunal deve primeiro, para os infratores não reincidentes e sem grande periculuosidade, considerar sentenças alternativas e, como último recurso, a prisão. Também prevê que as penas de prisão devem se a personalidade e a situação do condenado o permitirem e a menos que haja impossibilidade material, estar sujeitas às medidas de acomodação que os tribunais decidem quando pronunciam a sua sanção (LEMGRUBER, 2020).

Os juízes criminais e os juizes de execução penal devem, portanto, ser os ordenadores principais dessas sentenças alternativas ou desses ajustes de sentenças. Este não é o caso, mesmo que ainda seja muito cedo para fazer uma primeira avaliação da lei de 2010 no Brasil. Na realidade, os tribunais correcionais ainda aplicam muito pouco. Apenas o adiamento com liberdade crimanais e os juizes de execuções penais ganha seu favor (FELIPETO, 2014). .

4 A PROLIFERAÇÃO DE SANÇÕES PENAIS ALTERNATIVAS

A partir da década de 1970, uma ampla gama de penalidades intermediárias ou alternativas foi introduzida e posta em prática na Europa. Esta política de proliferação de alternativas ao encarceramento foi endossada e respaldada, em particular pelo Conselho da Europa (LEMGRUBER, 2020).

Diversas recomendações e resoluções emitidas pelo Conselho da Europa nos últimos 50 anos encorajam o uso de alternativas ao encarceramento e preveem um normativo supranacional estrutura. Já em 1965, o Conselho da Europa publicou uma resolução sobre penas suspensas, liberdade condicional e outras alternativas à prisão, seguida por uma resolução em 1976 sobre certas medidas penais alternativas à prisão (MARTINS, 2009).

Em 1992, o Conselho emitiu recomendações sobre as regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias, que, pela primeira vez, previam um conjunto completo de regras sobre a aplicação e implementação de sanções comunitárias. Recomendações especiais tratam então da liberação condicional sobre a liberação condicional (MARTINS, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em 2000, um seguimento das recomendações de sanções comunitárias de 1992 centrou-se na melhoria da implementação das regras europeias sobre sanções e medidas comunitárias. Em 1999, o Conselho da Europa em uma recomendação sobre superlotação e inflação da população carcerária reitera sua visão de que as sentenças de prisão devem ser o último recurso e que as sanções comunitárias devem ser a punição de escolha, exceto no caso a gravidade do crime proíba qualquer outra pena que não a pena de prisão (MÜLLER e PADILHA, 2019).

A posição do Conselho da Europa quanto às alternativas à prisão pode resumir-se nos seguintes pontos, segundo Muller e Padilha (2019, p. 156):

- A prisão deve ser o último recurso nas políticas penais;
- As sanções comunitárias devem respeitar os direitos humanos (e não infringir a dignidade humana);
- As sanções comunitárias devem ter como objetivo a reabilitação e integração do infrator e atender também às necessidades da vítima de um crime;
- Uma infraestrutura que funcione bem é necessária para a implementação adequada de alternativas ao encarceramento.

A preocupação com alternativas à prisão e penas intermediárias nas décadas de 1960 e 1970 na Europa Ocidental, chegou ao Brasil ao Brasil no final da década d 1970 e alimentada por um aumento sem precedentes da criminalidade que certamente foi uma consequência de um processo de modernização que afetou a estrutura social, os mecanismos de integração e controle social (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Em particular, o aumento dos crimes contra a propriedade representou um pesado fardo para os sistemas de justiça criminal tanto na Europa Ocidental como no Brasil. Novas formas de crime surgindo com os avanços tecnológicos, econômicos e sociais, por exemplo, infrações de trânsito de veículos automotores, se somaram ao forte aumento de casos que tiveram que ser processados pelo sistema de justiça criminal (PINTO, 2006).

O aumento dos crimes contra a propriedade em massa e das infrações contra veículos motorizados, crimes de pequenos traficantes de drogas, crimes financeiros, etc. Trouxeram um aumento acentuado na parcela da população que chamou a atenção dos sistemas de justiça criminal e, por fim, foi condenada e sentenciada (QUADROS, 2005).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Seguiu-se um debate sobre criminalização e penalização excessiva que apontou especialmente para o risco para a função básica (preventiva) do direito penal resultante da imposição de punições excessivas. No Brasil o advento da Lei nº 7.209/1984 deu um impulso considerável na possibilidade de usar penas alternativas. confirmam que o crime crônico e as carreiras criminais estão confinadas a um pequeno grupo de infratores e que a maioria dos infratores que chamam a atenção da polícia são infratores ocasionais ou ocasionais (MARTINS, 2009).

Assim, tanto na Europa Ocidental como no Brasil com a edição da Lei nº 7.209/1984, a prisão foi, portanto, considerada uma opção para os infratores em risco de recaída em crimes graves e com necessidade de intervenção terapêutica (de longo prazo); para infratores de baixo risco (primeira vez), sanções comunitárias ou políticas de não-processo devem ser aplicadas (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Na Áustria e na Alemanha, o debate sobre alternativas ao encarceramento concentrou-se principalmente no encarceramento de curta duração. Isso se seguiu a um discurso sobre os efeitos negativos das sentenças de prisão de curta duração que começou com Franz v. Liszt (representando a escola moderna de direito penal) no final do século XIX. Franz v. Liszt expressou desconfiança contra as prisões e encarceramentos de curta duração. Por ocasião das sentenças de prisão de curta duração, argumentou, os programas de tratamento não podem ser implementados, portanto, o impacto negativo das prisões prevaleceria (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Em 1969, quando a "Reforma da Lei Criminal Abrangente" na Alemanha foi implementada, a legislatura introduziu também uma quase proibição de penas de prisão de curta duração (até seis meses) (MÜLLER e PADILHA, 2019).

Em vez de penas de prisão de curta duração, têm de ser impostas multas (diárias). Enquanto a Alemanha e - em certa medida também a Áustria - seguiam uma política de "multas diárias em vez de penas de prisão curtas", outros países europeus, implementando alternativas para a prisão também, continuou a usar prisão de curto prazo (MÜLLER e PADILHA, 2019).

A questão das penas de prisão de curta duração demonstra que não se desenvolveu uma política penal uniforme na Europa nem se desenvolveu um consentimento quanto ao tipo de alternativas que deveriam ser favorecidas. As políticas penais são caracterizadas mais por particularidades nacionais, bem como por tendências (históricas) específicas em sistemas de sanções criminais e práticas de condenação (PINTO, 2006).

No Brasil a partir da Lei nº 7.209/1984 foi admitido a penas alternativas, mas que se concentram inicialmente em serviços prestados a comunidade, mas sem um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fiscalização rigorosa, os delinquentes acabam por não cumprir essa pena. Em 2010, com a edição da Lei nº 12.258/2010 se passou a usar o sistema eletrônico de monitoramento para condenados do sistema aberto, semi aberto, presos em saída temporária ou presos em prisão domiciliar (QUADROS, 2005).

Mas o conceito de sanções intermédias ou alternativas deve ser entendido também na perspectiva das alterações do processo penal e da tendência para uma forma simplificada, sumária e parcialmente também consensual de determinar e aplicar as penas criminais (PINTO, 2006).

Todos os sistemas obviamente tentam desenvolver mecanismos processuais que permitam aos sistemas de justiça criminal lidar com o número crescente de casos e processos criminais mais complexos (em particular crimes econômicos) e melhorar o desempenho do sistema no que diz respeito ao cumprimento das metas (MARTINS, 2009).

No entanto, enquanto nas décadas de 1960 e 1970 os objetivos perseguidos por meio de procedimentos extrajudiciais certamente se concentravam na redução do estigma e da recaída no crime, a última década testemunhou o domínio dos argumentos de custo e da lógica econômica. Mas, nas últimas duas décadas, a vítima do crime voltou a ser uma figura central no processo penal. A mediação e a compensação têm atraído atenção considerável também com o objetivo de justificar as demissões condicionais, tornando a mediação e a compensação um argumento importante nos debates políticos sobre acordos extrajudiciais (LEMGRUBER, 2020).

No entanto, a evidência empírica até agora sugere que a mediação e compensação na maioria dos sistemas não desempenham um papel importante em comparação com as multas de transação que, evidentemente, são mais adequadas para a aplicação de rotina e administração eficiente (MARTINS, 2009).

A tendência comum, tanto na Europa Ocidental como no Brasil - embora não afete todos os sistemas - obviamente diz respeito ao papel de liderança do Ministério Público em acordos extrajudiciais. Parece óbvio que os legisladores europeus e brasileiros estão cada vez mais confiando mais poderes aos serviços do Ministério Público para encerrar processos condicionalmente (PINTO, 2006).

O Ministério Público passou a ocupar o papel de tomadores de decisão e formuladores de políticas; eles se tornaram juízes perante os tribunais. Eles decidem sobre casos individuais; no entanto, ao aplicar novos poderes, como negociação de penas alternativas, os promotores públicos criam e implementam políticas criminais no que diz respeito às abordagens gerais adotadas em relação a certos tipos de crimes (MARTINS, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Também há evidências de que essa tendência continua: por um lado, estendendo esses poderes do lado dos promotores e, por outro lado, confiando cada vez mais o poder de exoneração de processos à polícia (LEMGRUBER, 2020).

CONCLUSÃO

Foi em particular, em vista do uso abundante da prisão, que na Europa Ocidental a questão foi levantada já na década de 1960 se a gama de penalidades criminais deveria ser ampliada para o que hoje é comumente chamado de penas intermediárias, comunitárias ou alternativas e o que devem ser estabelecidas condições para que esses tipos de penas criminais funcionem.

No Brasil desde 1984 com a reforma do CP com a Lei nº 7.209/1984 isso também foi possível. Diante do aumento das taxas de crime e, como consequência, do aumento do número de infratores julgados e condenados, praticamente todos os sistemas de justiça criminal desde a década de 1970 têm se preocupado com a busca de respostas eficientes em termos de custo-benefício e não privativas de liberdade para crimes que não sejam o sumário de multas e políticas de não processo com base em dispensas condicionais ou incondicionais.

As sentenças de prisão representam um pesado fardo financeiro para o Estado e não parecem cumprir as promessas, como ser um impedimento eficaz para o crime ou reduzir a reincidência. Políticas de crime e punição baseadas na prisão acarretam enormes custos para os orçamentos públicos e para a sociedade civil, que tem que lidar com problemas resultantes do impacto do encarceramento nas famílias e nas comunidades e bairros que têm que reintegrar um grande número de (jovens e homens) ex-presidiários.

A prisão é, obviamente, a sanção penal menos elástica porque - em particular os instrumentos europeus e brasileiros de direitos humanos colocaram as prisões sob regras estritas que impedem o seu fácil ajustamento às mudanças no número de criminosos condenados e sentenciados.

A busca de penas intermediárias na Europa da década de 1960 e no Brasil a partir de 1984 também foi alimentada por argumentos que enfatizavam os efeitos contraproducentes do encarceramento na forma de estigmatização, rotulagem e proliferação do crime em prisões consideradas escolas do crime.

A busca por alternativas ainda era motivada em parte por um forte interesse no desenvolvimento de medidas de reabilitação mais eficazes na redução da reincidência. Surgiu uma política penal de duas vias que visa concentrar sentenças de prisão reabilitadoras em reincidentes pesados (em particular infratores de carreira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou crônicos ou infratores de alto risco), enquanto infratores de baixo risco devem ser elegíveis para sanções penais não privativas de liberdade e desviados do sistema prisional.

Além disso, a teoria da sentença, conforme elaborada nas décadas de 1960 e 1970, defendia fortemente a necessidade de uma ampla gama de opções de penalidade pensadas para facilitar a correspondência de sentenças específicas a criminosos específicos.

Colocar o foco na individualização na sentença refletiu parcialmente a teoria da reabilitação, mas foi em particular exigido pela busca de justiça e a suposição de que a culpa pessoal e individual expressa em ofensa criminal poderia ser melhor explicada por várias opções de sentença adaptadas ao caso individual.

As décadas de 1970 e 1980 também testemunharam uma nova preocupação com o papel da comunidade no sistema de sanções criminais e sua implementação. A participação da comunidade foi bem-vinda não apenas por seu potencial em contribuir para a reintegração econômica e a reabilitação de criminosos, mas também porque expressa o reconhecimento da responsabilidade da comunidade pelo controle eficaz do crime (informal).

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO, V. de S. **Diretivas antecipadas de vontade**: uma análise dos limites à autonomia em função das normas penais de tutela do direito à vida. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito. Orientadora: Profa. Dra. Maria Auxiliadora Minahim, Salvador, 2014. Disponível em https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16604/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20INTEGRAL.pdf. Acesso em 19 de out de 2020.

AZEVEDO, R. G. De.; CIFALI, A. C. **Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma**: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. Civitas, Rev. Ciênc. Soc. vol.15 no.1 Porto Alegre Jan./Mar. 2015.

BARRETO, M. L. da S. **Depois das grades**: um reflexo da cultura prisional em Indivíduos libertos. Artigo, 2016. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1414-98932006000400006&script=sci_arttext Acesso em 18 de out de 2020.

BARROS, R. A. L. de; **A reinvenção da prisão**: a expansão prisional no Estado de São Paulo e as consequências do encarceramento massivo (1985 – 2010). Tese

apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Universidade Estadual Paulista UNESP/Marília, para obtenção do título de Doutor em Ciências Sociais. Orientador: Prof. Dr. Luís Antônio Francisco de Souza Marília – 2012 – Disponível em https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/101006/barros_ral_dr_mar.pdf?sequence=1 Acesso em 19 de out de 2020.

BITTENCOURT, C R. **A falência da pena de prisão**. Causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAVALCANTE, I. R, **Capacidade de ressocialização das penas alternativas**: prestação de serviço à comunidade. Artigo, s/d. Disponível em http://www.tjpi.jus.br/site/uploads/htmlcontent/1057.pdf Acesso em 19 de out de 2020.

COSTA, T. P. P. **Alternativas, reeducação adequada ou estímulo à impunidade?** 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2010.

FELIPETO, R. **Prestação de serviços à comunidade**. Revista Brasileira de Ciências Criminais |vol. 7/1994 |p. 140 - 152|Jul-Set/2014.

FRANÇA, F. **Prestação de serviço à comunidade**: um recurso de punição ou de desenvolvimento humano? São Paulo: USP, dissertação, 2009.

GOMES, F. **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: RT, 2008.

KIRCHNER, Luís. **A psicologia pode ajudar você**. *São Paulo:* Editora Santuário, 2006.

KUROWSKI, C. M. **Síndrome de Burnout no sistema penitenciário brasileiro**. Curitiba: Editora Autônoma, 2009.

LEMGRUBER, J. **Encher cadeia não resolve**. In: Revista Veja. 1207/2015. Disponível em <http://www.cesec.ucam.edu.br/artigos/Midia-body-JL03.htm>, Acesso em 18 de ut de 2020.

MACHADO, N. O.; GUIMARÃES, I. S. **A realidade do sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, p. 566-581, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc- ISSN 2236-5044 Acesso em 18 de out de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARQUES, L. G. **A pena de prestação de serviços à comunidade e o futuro da penalogia**, Revista Jus 6/90-95,2016.

MARTINS, J. H. S. **Penas Alternativas**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, C. G. **Mídia e crime**: liberdade de informação jornalística e presunção de inocência. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 2, p. 106-122, ago. 2010.

MOREIRA, J. C. **Ressocialização de presos**: falácia do Estado: As reformas constitucionais e o impacto nas políticas penitenciárias. Belo Horizonte, UFMG, 2017.

MÜLLER, V. R.; PADILHA, C. M. **Prestação de serviços à comunidade**: uma alternativa a lotação de presídios. Porto Alegre: ArtMed, 2019.

PINTO, G. M. H. **Análise crítica do sistema prisional brasileiro e estudo sobre a operacionalização do caráter correcional da pena**. Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Direito. ORIENTADOR: Prof. Abimael C. F. de Carvalho Neto. FORTALEZA–CEARÁ, 2006. Disponivel em http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33525/1/2006_tcc_gmhpinto.pdf Acesso em 19 de out de 2020.

QUADROS, Â. de. **A (in)definição da reabilitação social do condenado na reforma penal brasileira de 1984**: o olhar da magistratura sulista. Florianóp olis, 2005. Tese, UFSC.

SANTOS, G. S. dos. **O descumprimento da garantia de acesso à saúde prevista na Lei de Execução Penal às pessoas privadas de liberdade no Brasil**: uma perspectiva acerca da sobrepenalização do encarcerado. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão, como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Felipe Freitas Zenkner IMPERATRIZ, 2018. Disponível https://monografias.ufma.br/jspui/bitstream/123456789/2543/1/GleidsonSantos.pdf Acesso em 19 de out de 2020.

SANTOS, J. M. dos, **Considerações em torno da pena de prisão e das penas alternativas na nova parte geral do Código Penal (LGL\1940\2)**. Revista Jus 5/86-120,2.º n sem. de 2015.

TORRES, R. I. **As recomendações da ONU de 1955 e as penas alternativas de prisão**. Petrópolis: Vozes, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ZAVASCKI, T. A. **Medidas Cautelares e Medidas Antecipatórias**: Técnicas diferentes, função constitucional semelhante. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 35-51, 1996.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

JUSTIÇA, CRIME, PENA E BARGANHA: UMA COMPOSIÇÃO POSSÍVEL E NECESSÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JOÃO PAULO TAVEIRA DA SILVA:
Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR. Redenção/PA.

GILMAR GONÇALVES DA SILVA[1]

(coautor)

FRANKLIN JONES VIEIRA DA SILVA[2]

(orientador)

Resumo: Em decorrência do caos da sociedade de risco, no início do século XXI, multiplicaram- se as normas incriminadoras para os crimes de perigo abstrato, sobrecarregando, de tal forma, a Justiça Criminal brasileira. Neste artigo, ante isto, buscou-se analisar os institutos alternativos propostos como possíveis de ajudar na resolução dos conflitos penais, a saber: o *plea bargaing* americano, o procedimento sumário, o qual foi proposto pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, e os institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95. Neste contexto, o presente trabalho mostra-se salutar pelo fato de, não esgotando o assunto, trazer à *baila* a possibilidade de haver o necessário equilíbrio entre o garantismo e o eficientismo, atentando-se aos direitos fundamentais e à finalidade do direito penal. Para isto, fora utilizada a técnica de revisão bibliográfica, explorando, também, trabalhos tratantes dos temas referentes à expansão penal e ao negócio penal, a Lei nº 9.099/95 e o Projeto de Lei nº 8.045/2010, especificamente na parte abordadora do supracitado procedimento sumário.

Palavras-chave: Justiça consensual penal; procedimento sumário; *plea bargainig.*

Abstract: As a result of the chaos of the risk society, in the beginning of the 21st century, the standards for crimes of abstract endangerment have multiplied, therefore overwhelming the brazilian criminal justice. In this article, we seek to analyze the alternative legal institutes proposed as possible means to help in the resolution of criminal conflicts, namely: the American plea bargaining, the summary procedure, which was proposed by Bill of Law nº 8.045/2010, and the decriminalizing institutes of Law nº 9.099/95. In this context, the present study proves itself to be salutary by the fact that, not exhausting the subject, it emphasizes the possibility of existence of the necessary balance between Guarantee of Right to Trial and Efficientism, observing the fundamental rights and the purpose of criminal law. In

order to do so, the bibliographic review technique was utilized, also exploring studies that deal with themes related to criminal expansion and penal business, Law nº 9,099/95 and Bill of Law nº 8.045/2010, specifically in the addressing section of the abovementioned summary procedure.

Keywords: Criminal consensual justice; summary procedure; *plea bargaining*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Do *ple bargainig* americano. 3. Da introdução do consenso no processo penal brasileiro. 3.1. Composição civil. 3.2. Transação penal. 3.3. Suspensão condicional do processo. 4. Da renúncia aos direitos fundamentais. 5. Do mito do princípio da obrigatoriedade. 6. Garantismo versus eficientismo: a diversificação de procedimento. 7. Do Projeto de Lei nº 8.045/2010 e das propostas do presente trabalho. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO:

A segunda metade do século XX como o início do século XXI são vistos como sendo o marco temporal da introdução da justiça negocial no âmbito do modelo *civil law*, a qual mais era aplicada no modelo *common low* (SUXBERGER; FILHO, 2016, p. 383-384).

E não à toa ocorrera a retrocitada introdução da justiça negocial no sistema *civil law*, haja vista que o início do século XXI fora marcado pela expansão excessiva de normas incriminadoras, com tipificações penais de crimes de perigo abstrato, tudo isto em decorrência da sociedade de risco. (LEITE, 2009; SUXBERGER; FILHO, 2016).

Em decorrência disto, Leite (2009) ensina que o sistema judiciário tem se sobrecarregado diariamente. Nessa esteira, questiona-se: instrumento alternativo de resolução de conflitos penais, como o intitulado procedimento sumário, proposto pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, espécie de justiça consensual penal, é ou seria essencial no auxílio à Justiça Criminal brasileira? Atenderia aos princípios constitucionais de celeridade e eficiência? E, ainda, sem ferir os fundamentais direitos do acusado?

Entretanto, neste momento exsurge, tanto no direito penal quanto no direito processual penal, o conflito/tensionamento entre o garantismo e o eficientismo, posto que aquele é extremamente atrelado à irrenunciabilidade das garantias fundamentais do acusado; este, tem "[...] enfoque maior na eficiência e funcionalidade dos aparelhos estatais incumbidos do tratamento penal." (CAMPOS, 2012, p. 01).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste prisma, o presente trabalho mostra-se importante pelo fato de, não esgotando o assunto, tendo em vista a complexidade do tema abordado, trazer à *baila* a possibilidade de haver o equilíbrio entre o garantismo e o eficientismo, atentando-se aos princípios iluministas e à finalidade do direito penal.

Para isto, se fará uso da técnica de revisão bibliográfica, analisando, também, trabalhos tratantes dos temas referentes à expansão penal e ao negócio penal, a Lei 9.099/95 e o Projeto de Lei nº 8.045/2010, especificamente na parte abordadora do supracitado procedimento sumário.

Assim sendo, o presente estudo discorrerá acerca da **(a)** introdução do consenso no processo penal brasileiro, **(b)** da renúncia aos direitos fundamentais do acusado, **(c)** do suposto princípio da obrigatoriedade, **(d)** da diversificação/simplificação de procedimento a crimes de média gravidade e, ao final, **(e)** da possibilidade (ou não) do adotamento da proposta trazida pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010, referindo-se ao procedimento sumário, assim como de possíveis propostas, feitas pelo presente estudo, com fins de aperfeiçoamento do aludido Projeto de Lei.

Antes, porém, mister se faz dissertar acerca do *plea bargaining* americano, fito a sua inarredável influência exercida sobre o diálogo penal em uso no Brasil[3].

2. DO *PLEA BARGAINING* AMERICANO:

Quando de sua elaboração, a Constituição Norte-Americana buscou descentralizar o exercício do poder objetivando preservar os direitos individuais. Ademais, sabido é que a citada Constituição, por meio da 6ª Emenda Constitucional, assegurou o direito de se julgar as graves infrações, definidas pela Suprema Corte como sendo as infrações puníveis com pena de prisão superior a seis meses, perante o júri, podendo, aí, as partes opinarem por apresentar o caso para um juiz singular, declinando de seu direito constitucional. (CAMPOS, 2012, p. 4-5).

Ao lado de tal previsão constitucional convive o *plea bargaining*, um meio para a negociação da pena, onde, havendo a confissão da culpa (*guilty plea*), ocorre a benesse do Estado. Ele se apresenta como a forma mais viável para a resolução dos casos processuais penais, trazendo, desta forma, benefícios mútuos a ambas as partes processuais. (BRANDALISE, 2016).

O *plea bargaining* tem por finalidade disponibilizar o processo penal aos pares do processo, onde pode ocorrer a sentença a partir da declaração de culpa por parte do acusado (*guilty plea*) ou por sua não contestação à acusação do órgão acusador (*nolo contendere*). Consequentemente teremos, na primeira, os efeitos no

juízo cível, enquanto que, no segundo caso, estes não incidem, visto se limitar a não contestação da acusação. (BRANDALISE, 2016, p. 66).

Mais: o modelo *common law* norteia o sistema jurídico dos Estados Unidos da América, onde, a depender da jurisdição (se federal ou estadual), os procedimentos criminais podem sofrer variações. Nada obstante, observa-se o seguinte e mais comum procedimento criminal em território americano: prisão do acusado, oferecimento da acusação com causa justa, apreciação pelo magistrado e, após, designação de data para o acusado comparecer perante o juiz, momento no qual tomará conhecimento da acusação e lhe é dado o direito de buscar a liberdade por meio de fiança. Ato contínuo, a acusação que fora formalizada passará pelo crivo do Grande Júri, o qual decidirá a questão: se há ou não justa causa, com fins definir se o réu irá ou não a julgamento. (CHEMERINSKY; LEVENSON, 2008 *apud* CAMPOS, 2012, p. 03).

Antes do mencionado julgamento, porém, poderá ocorrer o *plea bargaining* que, perante as cortes criminais americanas, ratifica-se, compreende um processo negocial entre o acusado, por meio de seu defensor, e o Estado, por meio do membro do órgão acusador, podendo daí advir a confissão de culpa (*guilty plea*) ou a não confissão de culpa (*nolo contendere*), que refere-se à declaração de que não irá contestar à acusação. (CAMPOS, 2012).

Além do mais, mister evidenciar que, nos Estados Unidos, cerca de 90 por cento dos crimes não chegam a julgamento, sendo resolvidos por meio do ora estudado instituto. (CAMPOS, 2012, p. 04).

Importa explicitar que, no *plea bargaining*, acordam entre si o Ministério Público e o acusado/advogado, enquanto o juiz analisa se há base fática para as acusações acordadas entre aqueles, de forma que não sobreponha qualquer influência sobre o acusado, com fins de que este possa escolher sem vícios sobre a sua vontade, restando claras as consequências advindas de sua aceitação para com a negociação da pena. Todavia, em não havendo aceitação do acordo por parte do juiz, fica possibilitado ao acusado declinar do acordo antes aceito. (BRANDALISE, 2016, p. 68).

No *plea bargainig* americano, ainda mais, a negociação pode ser admitida do instante em que a acusação é formalizada até no decorrer da execução da sentença condenatória. Isto por entender-se, nos Estados Unidos, "que a negociação serve de ponto de equilíbrio à impossibilidade de solução judicial de todas as demandas e o caminho inverso da impunidade, o que representa [...] a legitimidade que o instituto necessita." (BRANDALISE, 2016, p. 68-69).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar de sua inegável preponderância em solo americano, o estudado instituto sofre a grave crítica de ser inconstitucional, haja vista supostamente suprimir direitos fundamentais do acusado, tais como o direito de conhecer das acusações lhe imputadas, de não autoincriminar-se, de um julgamento em um júri imparcial, de questionar as testemunhas e do direito a um advogado. (LYNCH, 2003 *apud* CAMPOS, 2012, p. 06).

Em continuação, traz-se a lume, ainda, a crítica levantada acerca da ação do Ministério Público americano, ao poder que lhe é concedido no tocante à sua discricionariedade e às suas diversas formas de agir, inclusive pressionando o inocente a confessar culpa. (CAMPOS, 2012).

A despeito de tais críticas, a Suprema Corte Americana tem considerado constitucional a prática do *plea bargaining*, observados, contudo, fixados requisitos procedimentais, objetivando rechaçar qualquer possível ilegal conduta da acusação. (CAMPOS, 2012, p. 07).

3. DA INTRODUÇÃO DO CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:

Nos últimos anos do século XX, propagou-se, nos países da Europa e da América Latina, a necessidade de se fazer acordo entre acusação e defesa no âmbito do Processo Penal. Isso também aconteceu no Brasil, acentuando-se com a promulgação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, visto que, por meio desta, mudaram-se os paradigmas do processo penal, fito que algumas das decisões passaram a ocorrer por meio do consenso, trazendo, assim, uma nova forma de estender o espaço para a vontade das partes e uma nova forma de convivência entre os sistemas de resposta do Estado para o delito penal cometido. A ideia principal aqui é garantir o acesso à justiça de forma mais simples e célere. (LEITE, 2009, p. 133).

Tudo se concretiza com promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, em seu artigo 98, inciso I, deixa previsto a criação dos juizados especiais para o julgamento das causas cíveis menos complexas, bem como para as infrações penais de menor potencial ofensivo, as quais referem-se às infrações cuja lei comine pena não superior a 2 (dois) anos. (LEITE, 2009, p. 137).

Nessa toada, indispensável se faz examinar, em apertada síntese, os três institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, quais sejam: **a)** composição civil; **b)** transação penal; **c)** e suspensão condicional do processo.

3.1. Composição civil:

Sentença Penal Transitada em Julgado era *conditio sine qua non* para que a vítima pudesse buscar a reparação dos danos advindos da infração dentro do sistema

do Código de Processo Penal. Neste, se fazia necessário um título judicial executivo, acompanhado de uma grande rede burocrática. (LEITE, 2009, p. 143)

Entretanto, com a composição civil, temos outras características como: **a)** a tentativa para o acordo entre a vítima e o agente, a qual acontece no primeiro momento da audiência preliminar, objetivando, precipuamente, a reparação dos danos de forma amigável, **b)** a busca pela economia processual e **c)** a celeridade da justiça para a resolução de conflitos. (LEITE, 2009, p. 143).

Na composição civil, temos a possibilidade do diálogo e, por meio deste, podem ser atendidos, de forma resolutiva, os interesses do ofendido e do ofensor, trazendo consigo o acesso à justiça, a celeridade, a transparência, a confiabilidade e mais qualidade para a imagem da justiça. (LEITE, 2009, p. 144).

3.2. Transação penal:

Logo após a composição civil, não gerando esta os frutos esperados, segue-se a transação penal, onde, dentro da Lei Federal ora abordada, se dá pelo acordo entre o titular da ação e o agente cometedor de infração de menor potencial ofensivo. Neste momento, pode acontecer o acordo entre as partes litigantes, cabendo ao órgão ministerial, com a sua discricionariedade limitada pela lei, escolher o tipo de pena a ser aplicada ao caso concreto. (LEITE, 2009, p. 144)

Na transação penal, por meio de um acordo, o titular da ação penal, assim como o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo, abrem mão de alguns direitos e/ou benesses em detrimento do outro, sabendo que o infrator, a partir dali, submeter-se-á imediatamente a uma pena restritiva de direito ou multa. (LEITE, 2009, p. 145).

Com isto, buscam um resultado satisfatório e que ponha fim ao conflito, evitando o processo e satisfazendo o *jus puniendi*, cabendo ao magistrado, neste ato, desenvolver o papel de mediador, esclarecendo devidamente o imputado sobre as possíveis consequências oriundas de sua forma de manifestar-se. (LEITE, 2009, p. 145).

3.3. Suspensão condicional do processo:

No transcorrer da persecução penal, observa-se que a suspensão condicional do processo é um instituo de consenso e de bilateralidade, haja vista que o órgão acusador concorda, por um determinado lapso temporal, em ficar inerte, enquanto o réu/defesa, avalia se convém aceitar a proposta do primeiro mencionado. (LEITE, 2009, p. 169).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A priori, conforme leciona (LEITE, 2009, p. 166), para as infrações cominadas com pena mínima que não ultrapasse um ano, cabe a suspensão condicional do processo, diferindo da transação no limite mínimo da pena, contanto que o infrator não tenha condenação anterior ou não esteja respondendo a outros processos, compatibilizando-se com o tratamento a ser dado. Observa-se, aí, o propósito do legislador em afastar a possibilidade de o réu primário ser encarcerado. E, por ser um movimento despenalizador, cria medida alternativa para a persecução penal.

No mais, mesmo tendo base consensual, a suspensão condicional do processo, ao ser comparada com transação, difere bastante em seus traços, pois a suspensão tem como efeito a aplicação de medidas, pressupondo, inclusive, uma formalizada peça acusatória. Além disto, tal instituto confere maior atenção à vítima. Lado outro, a transação penal preocupa-se com a aplicação de penas, assim como prioriza outros propósitos. (LEITE, 2009, p. 170).

Ainda, por razões semelhantes às expostas quanto à transação penal, não se confunde a suspenção condicional do processo com o *plea bargaining* estadunidense. Como é o caso da transação penal, pode-se afirmar que a suspensão condicional do processo se parece/aproxima mais do *nolo contendere* estadunidense. (BRANDALISE, 2016, p. 156).

4. DA RENÚNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

Quando se fala em justiça consensual penal, não só elogios vem à *baila*; há, também, críticas.

Ainda, o Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil, ao acusado assegura direitos e garantias fundamentais no decorrer e após todo tramite processual clássico, tais como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, bem como a presunção de inocência. Não obstante, no momento em que há o consenso entre acusação e acusado, este renúncia boa parte dos retroditos direitos e garantias fundamentais. (LEITE, 2009, p. 37-42).

Corolário disto, doutrinadores nacionais e internacionais, ligados, em sua maioria, à ala extremamente garantista[4], tecem acirradas críticas a essa alternativa de resolução de conflitos.

Nada obstante, essa visão de que o Estado tem de ser a mãe de todos, interferindo em toda e qualquer decisão tomada pelo acusado, não pode prosperar. Longe está o presente trabalho, pontua-se, propor a livre disposição de direitos

fundamentais, visto reconhecermos haver direitos e etapas processuais que são indisponíveis, especificamente tratando-se de crimes graves. (BRANDALISE, 2016).

Todavia, vendo a justiça consensual penal não desprovida de substrato político-criminal e criminológico[5], não se pode obstar o indiciado ou acusado, primário, praticante de crime de pequena ou média gravidade, escolher qual será a sua melhor alternativa de defesa, tampouco obstá-lo voltar ao convívio social e, por conseguinte, dar continuidade em sua vida livre de estigmatizações. (LEITE, 2009, p. 69).

Portanto, impor ao indiciado ou acusado passar por um amplo e árduo processo - independente da natureza do crime por ele cometido (se de pequena ou média gravidade) - não parece ser uma atitude acertada dentro do *susodito* Estado Democrático de Direito.

Brandalise (2016, p. 51), no sentido exposto, doutrina que "o interesse subjetivamente disposto na norma de direito fundamental não pode esquecer o caráter subjetivo que ela traz consigo também – e é nesta garantia subjetiva que está legitimado o não exercício."

Contudo, bom salientar que o presente estudo não propõe ao indiciado ou acusado, cegamente, renunciar às garantias individuais. Está, sim, colocando que, diante do caso concreto, aquele, como melhor meio de defesa, pode/poderia lançar mão de específicas garantias individuais buscando, assim, vantagem em relação à resposta penal. (JUNIOR; SANDOVAL, 2020, p. 17).

5. DO MITO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE:

Ao tratar de justiça consensual penal, no Brasil, não se pode fazê-lo sem abordar, também, o princípio da obrigatoriedade, bem como da oportunidade do oferecimento da ação penal, tendo em vista a tensão existente entre os dois mencionados princípios.

Nessa toada, nas palavras de Badaró (2015, p. 182), o princípio da obrigatoriedade:

> [...] também denominado princípio da legalidade, significa que, quando o Ministério Público recebe o inquérito policial ou quaisquer outras peças de informação, e se convence da existência de um crime e que há indicio de autoria contra alguém, estará obrigado a oferecer denúncia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E o citado autor, adiante, continua:

> O artigo 24 do CPP dispõe que a ação "será promovida" por denúncia do Ministério Público. Não há, pois, campo de discricionariedade. O Ministério Público não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação mediante o oferecimento da denúncia (BADARÓ, 2015, p. 182).

Com base em tal interpretação (superficial, diga-se de passagem), o princípio da obrigatoriedade representa o entendimento de maior parte da doutrina[6] brasileira.

Para essa parte da doutrina, o princípio da obrigatoriedade consta, basicamente, do artigo 24 do Código de Processo Penal, o qual prevê que, "nos crimes de ação pública, esta será[7] promovida por denúncia do Ministério Público."

Não obstante isto, seguindo o entendimento de (SUXBERGER, 2017, p. 39), constata-se que "a obrigatoriedade no exercício da ação penal, pois, figura-se mais como uma cultura processual penal no Direito brasileiro que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação."

E o declinado mestre fundamenta sua afirmação no fato de:

> os dois principais diplomas legais pátrios sobre a persecução penal - Código Penal[8] e Código de Processo Penal[9] - trazem preceitos com textos que mais reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público que exatamente preceituam a obrigatoriedade no exercício dessa atribuição (SUXBERGER, 2017, p. 39, grifo nosso).

Neste momento, por oportuno, faz-se mister pontuar que tal interpretação punitivista, onde se propõe denunciar e, por consequência, punir a todo e qualquer custo, remota à instituição do Código de Processo Penal pátrio, o qual fora, inegavelmente, inspirado no Código Processual Penal fascista italiano. (SANTOS, 2018, p. 39).

Assim, apesar de o Código de Rocco haver sido superado na Itália, o cotidiano forense brasileiro permanece com a sua visão punitivista, razão pela qual, ainda hoje, o Código de Processo Penal brasileiro "não se adequou à estrutura constitucional da redemocratização do fim da década de 1980."[10] (SANTOS, 2018, p. 33).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, esse mito da obrigatoriedade da ação penal há muito se mostra impraticável (FREITAS, 2019). Nesse sentido, quanto aos delegados de polícia, assim leciona o ilustre ex-desembargador Vladimir Passos de Freitas (2019, p. 01):

> Do ponto de vista da realidade judiciária, desde sempre delegados de Polícia não abrem inquérito policial para apurar crimes de origem desconhecida ou que, por qualquer razão, se revelem totalmente sem interesse. Por exemplo, o relato do furto de um celular esquecido na prateleira de um supermercado, sem que se tenha nenhum dado da autoria, não será objeto de inquérito. Neste caso, não se trata de prevaricação da autoridade policial, mas sim de evitar-se perda de tempo e gastos inúteis.

Caso semelhante, sustenta Freitas (2019, p. 01), ocorre no âmbito do Ministério Público, vejamos:

> O MP, diante de casos de bagatela ou naqueles em que as partes se compuseram (p. ex., apropriação indébita), com frequência pede o arquivamento do inquérito, em razão da flagrante inutilidade de uma futura ação penal.

Desse modo, tais fatos, incontestavelmente, reforçam a tese de que o princípio da obrigatoriedade refere-se a um mito doutrinário, visto não haver embasamento legal e, ainda, não sê-lo observado no dia a dia de muitas delegacias[11] no Brasil, bem como pelo Ministério Público (estadual e federal). Demais disso, reconhecer a impossibilidade de se ofertar ação penal contra todos os crimes noticiados não é uma tarefa difícil, seja pela ausência de recursos materiais, seja em nome do interesse público, quais sejam: "[...] (inutilidade da sentença condenatória por inevitabilidade da prescrição retroativa, excesso de demanda dos serviços judiciários com a necessidade de eleição de prioridades na formulação das acusações etc.)" (CAMPOS, 2012, p. 17).

À vista disso, o presente artigo, seguindo o ensinamento de (SUXBERGER, 2017, p. 47-48), propõe que a melhor saída não é/será continuar fazendo vista grossa ao espaço decisório exercitado pelo titular da ação penal; antes, urge dar visibilidade a esse espaço decisório, objetivando avançar "[...] na construção e no aprimoramento de ferramentas e instrumentos de controle e de transparência dos critérios que orientam a oportunidade no exercício da ação penal."

Todavia, para que fique mais claro, o presente artigo não pretende se filiar à oportunidade pura, segundo a qual o órgão acusador atua sem qualquer limite legal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou seja, tem ampla discricionariedade para negociar (acerca de qualquer crime praticado) com o acusado, a exemplo do que vige, hoje, por meio do *plea bargaining,* nos Estados Unidos.

Em sentido diametralmente oposto, sim, este trabalho compreende que o Ministério Público deve seguir o sistema da oportunidade regrada, para a qual o mencionado órgão direciona-se por parâmetros/requisitos estipulados pela lei. (CAMPOS, 2012, p. 17).

6. GARANTISMO VERSUS EFICIENTISMO: A DIVERSIFICAÇÃO DE PROCEDIMENTO:

Ao falar-se em justiça consensual penal, grande é, no Brasil, o tensionamento entre a teoria garantista e o eficientismo. E isso decorre do fato de, aquela, estar atrelada aos direitos fundamentais do acusado, inarredavelmente; esta, em proporcionar celeridade na administração da justiça. Não obstante, o presente estudo busca equilibrar e, por consequência, fazer uso dos ensinamentos das duas teorias, tarefa difícil, mas não impossível.

E, saliente-se, isso há de acontecer o mais rápido possível. Afinal de contas, o direito penal brasileiro está em franca expansão, tipificando crimes violadores de direitos tanto individuais quanto coletivos. (SUXBERGER; FILHO, 2016).

Junto disto, crescente é, também, o encarceramento no Brasil. Ainda mais, a Máquina Judiciária está abarrotada de vários processos, processos esses que demoram anos para serem julgados. E isso, por consequência, têm trazido, à sociedade, o sentimento de impunidade e de descredito do poder judiciário.[12]

Tais fatos são reflexos da globalização e da pós-modernidade,[13] "elementos que reforçam na sociedade contemporânea a diversidade, a pluralidade e a rapidez na identificação de respostas para os desafios que se apresentam." (LEITE, 2009, p. 03).

Além do mais, a evolução tecnológica e o desenvolvimento dos meios de comunicação de massa geraram novos paradigmas e, ato contínuo, influenciam os indivíduos e os seus comportamentos, bem como o rumo das organizações sociais (LEITE, 2009, p. 03). Em meio a esse cenário, o direito fora atingido por problemas que o obriga a acompanhar a realidade posta, como não poderia ser diferente.

À vista disto, Suxberger e Filho (2016, p. 387) apregoam que "os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, o presente trabalho advoga que a diversificação de ritos procedimentais[14] penais (ou adequação do rito procedimental à gravidade do crime cometido), mostra-se salutar para se dar celeridade à resolução dos conflitos, posto que uma justiça funcional é imprescindível para fazer o delinquente refletir (visto saber que, ao cometer um crime, de fato, será punido), assim como por poder reacreditar a justiça criminal perante a sociedade. (CAMPOS, 2012, p. 13).

Assim sendo, o presente trabalho, também, defende que a justiça consensual penal, por meio de seus mecanismos de resolução conflitos, revela-se uma forte auxiliadora em meio a essa complexa sociedade e, também, a esse estado de coisas inconstitucional[15], bem como a essa crescente - (e inevitável) - expansão do direito penal e da criminalidade de massa. (SUXBERGER; FILHO, 2016).

Com base nisso, por conseguinte, conclui-se que "a ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da Justiça criminal em todas as suas dimensões." (LOPES JR., 2019, p. 01). Ainda, é de fundamental importância distinguir "espaço de consenso" de "espaço de conflito". Dessa forma, Costa (2014, p. 04):

> Aquele resolve o conflito penal mediante conciliação, transação, acordo, mediação ou negociação. Este não admite qualquer forma de acordo, ou seja, exige o clássico devido processo penal (denúncia, processo, provas, ampla defesa, contraditório, sentença, duplo grau de jurisdição etc.).

Nesse passo, por seguir o marco da introdução do consenso na seara processual penal brasileira, o qual adveio por meio da Lei ° 9.099/95, que muito contribuíra com a diminuição de processos perante a justiça criminal brasileira, visto haver abarcado os crimes de pequena gravidade, legando à justiça comum, assim sendo, os de média e alta potencialidade ofensiva, o presente trabalho contempla com bons olhos a proposta trazida pelo Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Novo Código de Processo Penal), posto que este sugestiona, em seu artigo 283, *caput*, a ampliação do espaço de consenso aos crimes de média gravidade[16], o qual, apesar de tratar-se de um amplo espaço de consenso (crimes cuja sanção não passe de 8 anos), adequa-se ao contexto da justiça criminal brasileira, haja vista observar aos ditames constitucionais, ao que, abaixo, passa-se a abordar. (CAMPOS, 2012; LOPES JR., 2019).

Entretanto, adianta-se que a menciona proposta carece de alguns ajustes, os quais, dentro das limitações do presente trabalho, serão abordados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

7. DO PROJETO DE LEI Nº 8.045/2010 E DAS PROPOSTAS DO PRESENTE TRABALHO:

Declinada a complexidade de nossa sociedade pós-moderna, em decorrência da qual adveio (apesar das críticas) a expansão do direito penal, razão pela qual a diversificação/simplificação de procedimento se mostra salutar, visto tornar mais eficiente a resolução das lides, motivo pelo qual o presente estudo propõe, também, a extensão do espaço de consenso a crimes de média gravidade, passa-se a demonstrar que a proposta a ser implantada pelo novo Código de Processo Penal (artigo 283, *caput*) adequa-se à extensão do consenso acima mencionada e, principalmente, às balizas da Constituição da República Federativa do Brasil. Portanto, atendendo aos fins garantistas e eficientistas.

Desse modo, com fins de atender a acima declinada demanda (constante do tópico anterior), assim como buscando adequar o Código de Processo Penal ao modelo acusatório adotado pela Constituição de 1988, em 2009, fora apresentado o Projeto de Lei n° 156/2009, o qual, hoje, encontra-se perante a Câmara dos Deputados Federais tramitando sob o número 8.045/2010 (novo Código de Processo Penal).

Especificamente no Capítulo III, artigo 283, *caput*, objeto de nosso estudo, o mencionado Projeto de Lei trata do "procedimento sumário", do qual consta a possiblidade de haver consenso penal entre o órgão acusador e o acusado.

Para isso acontecer, cabe constar, há a necessidade de o acusado estar acompanhado de seu defensor. Dessa maneira, até o início da instrução e da audiência, o Ministério Público e o acusado poderão requerer a imediata aplicação da pena nos crimes cuja sanção máxima não ultrapasse 08 (oito) anos (artigo 283, *caput*).

Não obstante, o Projeto de Lei, para incidir o negócio penal, prevê o cumprimento dos seguintes requisitos: **a)** a confissão total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória (artigo 283, § 1º, I); **b)** o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo da cominação legal (artigo 283, § 1º, II); e **c)** a expressa manifestação das partes dispensando a produção das provas por elas indicadas (artigo 283, § 1º, III).

Demais, caso seja avençado o acordo, este terá de passar pelo crivo da homologação judicial, momento no qual o magistrado analisará a legalidade do acordo, podendo, em caso de ilegalidade, deixar de homologá-lo (artigo 283, § 7º).

Isto posto, tendo em vista que o supracitado procedimento sumário será estendido a crimes de médio potencial ofensivo (furto e roubo, por exemplo), bem como por garantir ao acusado o acompanhamento de um advogado, assim como por, no ato da homologação do acordo, o juiz poder analisar o respectivo, podendo negar a homologação (em caso de irregularidade ou ausência de voluntariedade do acusado), vê-se cabível e bem receptível a proposta criada pelo enfatizado Projeto de Lei, visto que ela poderá ajudar tanto economicamente quanto "logisticamente" a celeridade processual no Brasil, sem, crucialmente, deixar de atender aos caríssimos direitos e garantias fundamentais do acusado. (CAMPOS, 2012).

Destarte, apesar de se compreender um amplo espaço de consenso (crimes cuja sanção não passe de 8 anos), a mencionada proposta do Projeto de Lei, reitera-se, mostra-se compatível com a nossa realidade. No sentido exposto, Lopes Jr. (2019, p. 05):

> Diante disso, a proposta substitutiva é retomar o PL 8.045 (Projeto do CPP) com alguns ajustes, para que a negociação seja possível para os crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 anos. Esse é um espaço negocial bastante amplo, **mas adequado à nossa realidade.** Tal proposta foi objeto de amplo debate com toda a comunidade jurídica e está amadurecida no espaço democrático [...] (Grifo nosso).

Não obstante, o presente trabalho, para fins de aperfeiçoamento do retrodito Projeto de Lei, pugna pelo acrescimento da previsão de se obrigar ao membro do Ministério Público aos autos colacionar provas não só contrárias ao acusado ou barganhante - (neste caso, antes de este dar início ao consenso penal) - mas, também, as provas favoráveis a este, no sentido do que dispõe o Estatuto de Roma, em seu artigo 54[17], "a", o qual fora incorporado, desde 2002, ao sistema jurídico pátrio.

No sentido evidenciado, Streck (2019, p. 02, grifo constante do original)[18]: "basta que se obrigue ao MP trazer à *baila*, (aos autos, ao inquérito, ao processo) também TODOS os elementos favoráveis à defesa, como, aliás, exigem o Estatuto de Roma, incorporado desde 2002 ao direito brasileiro." A acertada atitude possibilitará ao indiciado ou acusado saber se a aceitação do acordo lhe será a melhor (ou não) estratégia de defesa.

Lado outro, em não cumprindo com a determinação acima declinada, que o membro do Ministério Público venha a sofrer a devida responsabilização. (Streck, 2019, p. 02).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Acredita-se, com veemência, que tais ajustes poderão colaborar para o asseguramento dos direitos e garantias fundamentais do acusado no ato do avençamento (ou não) do acordo com o membro do Ministério Público.

Por oportuno, ademais, cabe afastar o argumento de que a proposta do aludido Projeto de Lei trata-se de uma importação do *plea bargaining* estadunidense.[19] E essa errônea afirmação decorre, de início, da extremada diferença existente entre o Ministério Público americano e o Ministério Público brasileiro.

Nos Estados Unidos, como abordado em tópico específico, o membro do órgão acusador conta com uma ampla discricionariedade, podendo negociar não somente sobre crimes de pequena e média gravidade, mas, sim, até mesmo sobre crimes de alto potencial ofensivo. (CAMPOS, 2012). Em essência, os promotores estadunidenses não estão sujeitos a freios.[20]

Em contrapartida, no Brasil, o órgão acusador não possui demasiada discricionariedade, dispondo, sim, de liberdade regrada, nos estritos termos da lei. (CAMPOS, 2012).

Nessa toada, continuando a refutação da importação, integral, do instituto americano, o próprio texto da proposta do Projeto de Lei cumpre esse objetivo, haja vista que este limita a atuação do Ministério Público a crimes cuja sanção máxima não ultrapasse 08 (oito) anos, ou seja, o espaço de consenso concedido ao órgão acusador (ou limite de atuação deste) consta da própria lei processual penal, de maneira oposta ao *plea bargaining* estadunidense, evitando-se, com isso, possíveis arbitrariedades por parte daquele.

Ainda, não há falar em aplicação de pena privativa de liberdade sem a formulação de culpa, como afirmam Vasconcellos e Lippel (2016), "[...] pois esta será confessada pelo próprio acusado, em um ambiente – espera-se – propício a que ele compreenda as consequências de sua decisão, o que, aliás, aumenta a importância, nesse iter dialogal, da figura do advogado." (CAMPOS, 2012, p. 21).

Dessa forma, realizados os mencionados ajustes, verifica-se receptível e adequada a proposta de expansão do consenso penal a crimes de médio potencial ofensivo constante do Projeto de Lei nº 8.045/2010.

Principalmente, da análise do enfatizado Projeto de Lei, constata-se haver uma conciliação entre o garantismo e o eficientismo, visto que tal instituto trará simplicidade à resolução de lides na seara criminal; não abrindo mão dos direitos e garantias fundamentais do acusado, visto que o acusado realizará o consenso penal

acompanhado de seu advogado e, ainda, o acordo passará pela análise do magistrado, o qual poderá não homologá-lo (em caso de irregularidade ou ausência de voluntariedade do acusado).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Em meio a essa complexa sociedade pós-moderna, a qual reflete na contínua expansão do direito penal que, por decorrência, desagua em abarrotamento de processos perante a justiça criminal, mostra-se salutar o equilíbrio entre o garantismo e o eficientismo.

Diante do caso concreto, ao contrário do advogado pelos "garantistas", há, sim, a possiblidade de o indiciado ou acusado abrir mão de alguns direitos e garantias fundamentais, com fins de buscar uma melhor resposta penal.

Ainda, urge desvencilhar-se deste mito da obrigatoriedade do oferecimento da ação penal, visto a impossibilidade de se ofertar ação penal em face de todo o desvio de conduta legalmente tipificado, seja pela ausência de recursos matérias, seja em decorrência do interesse público.

Além do mais, diversificação de procedimento (ou adequação de rito procedimental à natureza do crime cometido) em muito pode colaborar com a justiça criminal, visto dar mais celeridade à resolução dos conflitos penais, do mesmo modo que poderá reacreditar aquela perante a sociedade brasileira.

No mesmo prumo seguem os meios alternativos de resolução de conflitos, como os advindos da justiça consensual penal. Nessa esteira, improtelável é a expansão do consenso aos crimes de média gravidade.

Nesse passo, necessário se faz a aprovação do Novo Código de Processo Penal, especificamente o Capítulo III do mencionado código, haja vista propor, em seu artigo 283, *caput*, a extensão do consenso aos crimes cuja pena máxima, em abstrato, não ultrapasse 08 (oito) anos.

Dessa forma, tendo em vista que a proposta trazida pelo novo CPP garantirá ao indiciado ou acusado negociar com o Ministério Público somente acompanhado de seu defensor, da mesma forma que, em sendo avençado o acordo, este terá de passar pela análise do magistrado, o qual poderá negar fazê-lo (em caso de irregularidade ou ausência de voluntariedade do acusado), constata-se que tal extensão do consenso é compatível com a ordem constitucional, observando, assim, aos fins garantistas e eficientistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, a declinada proposta precisa de ajustes, tais como: **a)** a previsão de obrigar ao membro do Ministério Público aos autos juntar provas tanto contrárias quanto favoráveis ao acusado, objetivando lhe dar a oportunidade de saber qual será a sua melhor alternativa: acordar ou continuar o processo penal clássico; e **b)**, em não assim agindo o membro do órgão acusador, passível de punição será.

Por último, não há falar em integral introdução do *plea bargaining* estadunidense, seja em decorrência da ampla discricionariedade concedida ao membro do órgão acusador americano, seja pelo fato de o Ministério Público americano poder acordar sobre crimes de toda a natureza. No Brasil, diferentemente, o procedimento sumário não dará tamanha e desregrada discricionariedade ao órgão acusador, visto que este limitar-se-á a propor acordo sobre crimes cuja pena máxima não passe de 08 (oito) anos. Ou seja, trata-se, no Brasil, de discricionariedade regrada, obedecendo aos ditames da lei.

9. REFERÊNCIAS:

ARAS, Vladimir. **O Sistema Acusatório de Processo Penal.** Blog do Vlad. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/. Acesso em: 31 de jul. de 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal.** – 3ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRANDALISE, Rodrigues da Silva. **Justiça Penal Negociada:** Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais relevantes. Curitiba, Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988. *In*: Vade mecum JusPodivm: OAB. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. In: Vade mecum JusPodivm: OAB. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1940. **Código de Processo Penal**. *In*: Vade Mecum JusPodivm: OAB. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. ***Plea bargaining* e justiça criminal consensual:** entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis, Revista eletrônica do Ministério Público Federal, 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em: 12 de fev. de 2020.

COSTA, Carlos Eduardo de Mira. **Processo Penal Consensual:** linhas gerais. Conteudo Juridico, Brasilia-DF. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38249/processo-penal-consensual-linhas-gerais. Acesso em: 29 jul. 2020.

FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

FREITAS, Passos de. **O princípio da obrigatoriedade da ação e os acordos na esfera penal.** Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-19/principio-obrigatoriedade-acao-acordos-esfera-penal. Acesso em: 20 jul. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública:** princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNIOR, Almir Santos Reis; SANDOVAL, Thales de São José. **Análise do plea bargain na justiça penal negocial brasileira sob a ótica dos Projetos de Leis nº 882/19 e 8.045/2010**. Revista de Direito Público Contemporâneo. Disponível em: http://rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/101. Acesso em: 23 jul. 2020.

JUNIOR, Almir Santos Reis; SANDOVAL, Thales de São José. **Análise do Plea Bargain na justiça penal negocial brasileira sob a ótica dos Projetos de Leis no 882/19 e 8.045/2010**. Revista de Direito Público Contemporâneo. Disponível em: http://rdpc.com.br/index.php/rdpc/article/view/101. Acesso em: 23 de jul. de 2020.

LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas:** a globalização do plea bargaining e a tese da americanização do processo Penal. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 19–19, 2017.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro.** Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: < http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

LOPES JR. Aury. **Adoção do *plea bargaining* no Projeto "anticrime"**: Remédio ou Veneno?. Conjur, publicado aos 22 de fev. de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

MA, Yue. **A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália:** uma perspectiva comparada. Revista do CNMP, Brasília, n. 1, p. 198-199, 2011. Disponível em: https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/16/11. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

MELO, André Luís Alves de. **A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública:** Releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em Face da Não Recepção pela Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

MELO, André Luis Alves de. **Brasil precisa flexibilizar o mito da obrigatoriedade da ação penal**. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-set-04/mp-debate-brasil-flexibilizar-mito-obrigatoriedade-acao-penal2. Acesso em: 18 jul. 2020.

SANTOS, Norton Makarthu Majela dos. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública:** Constitucionalidade, Viabilidade e Crítica. 2018. Monografia - Curso de Direito, Universidade de Rio Grande do Norte. Disponível em: https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/8520/1/Princ%C3%ADpio%20da%2obrigatoriedade_Santos_2018.pdf. Acesso em: 18 de jul. de 2020.

SOUSA, Marllon. ***Plea bargaining*** **no Brasil**. – 2ª ed., revista atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Uma proposta séria para fazer a *plea bargain* a sério!** Conjur, publicado aos 21 de fev. de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-21/senso-incomum-proposta-seria-plea-bargain-serio. Acesso em: 06 de jun. de 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal:** a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. Revista do Ministério Público/Ministério Público do Estado de Goiás, número 34, p. 35-50, jul./dez., 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-MP-GO_n.34.pdf. Acesso em 18 de jul. de 2020.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. **Funcionalização e expansão do direito penal:** o direito penal negocial. Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de

Mestrado e Doutorado em Direito. Volume 13, número 1, p. 376-392, jan.-jun., 2016. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4183/pdf. Acesso em 17 de abr. de 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristiana Navarro. **Críticas à barganha no processo penal:** inconsistências do modelo proposto no projeto de código de processo penal (PLS 156/2009). Disponível em: https://www.e-ublicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135/17956. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

NOTAS:

[1] graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR

[2] Membro do Ministério Público do Estado do Pará. Especialista em Processo Civil. Mestrando em Ciências Criminais pela Universidade Autônoma de Lisboa/PT.

[3] Para um aprofundamento quanto à influência do direto processual penal americano sobre os demais ordenamentos jurídicos, cf. LANGER, Máximo. **Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas:** a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 19–19, 2017.

[4] No Brasil, por exemplo, Aury Lopes Junior segue essa visão doutrinária.

[5] Leite (2009, p. 71) afirma "que a justiça consensual penal mantém vínculos com objetivos criminológicos e de política criminal que têm sido incentivados nas últimas décadas e que estimulam a intervenção mínima do direito penal, a descriminalização, a despenalização, a descarcerização e a criação de respostas menos repressivas ao delito."

[6] Cf. JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública:** princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

[7] Em compreensão contrária, Santos (2018, p. 23) assevera que "O fundamento gramatical para se vincular o membro do Ministério Público à denúncia, sem discricionariedade, estaria, segundo o entendimento equivocadamente cimentado, no verbo alocado no futuro do presente: "será"." Todavia, continua Santos (2018, p. 23), "[...] tal raciocínio não convence a partir do momento em que a mesma locução verbal "será promovida" abre margem a diversas interpretações. Poderíamos dizer:

será promovida quando presentes os requisitos legais; será promovida quando preencher as condições necessárias; será promovida pelo Ministério Público, pois ele é o órgão que possui atribuição previamente estabelecida etc." SANTOS, Norton Makarthu Majela dos. **O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública:** Constitucionalidade, Viabilidade e Crítica. 2018. Monografia - TCC - Curso de Direito, Universidade de Rio Grande do Norte. Disponível em https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/8520/1/Princ%C3%ADpio%20da%20obrigatoriedade_Santos_2018.pdf. Acesso em 18 de jul. de 2020.

[8] Art. 100, "§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)"

[9] "Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo."

[10] Assim também ensina Aras (2016, p. 03, grifo constante do original): "Um observador atento verá que, 27 anos depois da promulgação da nossa Constituição, **ainda não nos livramos de procedimentos, das formas ou do ideário inquisitivo**, fundado no sigilo, no autoritarismo e no cartorialismo, esta última uma característica que impregna a atividade bacharelesca-policial e atravanca a fluidez do processo judicial perante juízos e tribunais e no Ministério Público." ARAS, Vladimir. **O Sistema Acusatório de Processo Penal.** Blog do Vlad. Disponível em: https://vladimiraras.blog/2016/07/04/o-sistema-acusatorio-de-processo-penal/. Acesso em: 31 de jul. de 2020.

[11] Melo (2017, p. 02) alega que a polícia, ao Ministério Público, remete menos de 10% das ocorrências policiais. Dessa maneira, "arquiva-se 90% dos casos nas delegacias e sem transparências ou controle externo efetivo." MELO, André Luis Alves de. **Brasil precisa flexibilizar o mito da obrigatoriedade da ação penal**. Consultor Jurídico. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2017-set-04/mp-debate-brasil-flexibilizar-mito-obrigatoriedade-acao-penal2. Acesso em: 18 jul. 2020.

[12] Cf. SOUSA, Marllon. ***Plea Bargaining* no Brasil**. – 2ª ed., revista atualizada e ampliada. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

[13] Acerca da pós-modernidade e da globalização, Leite (2009, p. 20, grifo constante do original): "Com a pós-modernidade, portanto, incertezas e inconstâncias são elementos bastante presentes na vida social, dada a rapidez e a complexidade das

transformações. É elucidativa, assim, a expressão "modernidade líquida", utilizada por Zygmunt Bauman para indicar a fluidez e a flexibilidade dos novos tempos. Nem tudo, certamente, pode ser atribuído à globalização econômica e à pós-modernidade. Entretanto, os reflexos de tais eventos configuram-se como um permanente desafio à capacidade de adaptação tanto de indivíduos quanto de instituições, gerando, não raro, perplexidades sobre em que direção mudar, o que deve ser mantido ou descartado."

[14] Cf. FERNANDES, Fernando Andrade. **O processo penal como instrumento de política criminal**. Coimbra: Almedina, 2001.

[15] Cf. ADPF 347, a qual fora julgada aos 08 de setembro de 2015.

[16] Melo (2016, p. 30) advoga que, "No Brasil, a lei permite os acordos penais nos delitos de baixo (transação penal) e alto potencial ofensivo (colaboração premiada). **Mas nada fala sobre os de médio potencial, ou seja, há uma lacuna legislativa.**" (Grifei). MELO, André Luís Alves de. **A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública:** Releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em Face da Não Recepção pela Constituição de 1988. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2015.

[17] Artigo 54, "a", do retrodito Estatuto: "A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa."

[18] Apesar de não referir-se especificamente ao supradito Projeto de Lei, a proposta levantada por Streck (2019, p. 02) harmoniza-se ao fim ora almejado.

[19] Cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; LIPPEL, Mayara Cristiana Navarro. **Críticas à Barganha no Processo Penal:** Inconsistências do modelo proposto no Projeto de Código de Processo Penal (PLS 156/2009). Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/20135/17956. Acesso em: 05 de jun. de 2020.

[20] Nesse sentido, cf. MA, Yue. **A discricionariedade do promotor de justiça e a transação penal nos Estados Unidos, França, Alemanha e Itália:** uma perspectiva comparada. Revista do CNMP, Brasília, n. 1, p.198-199, 2011. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em: https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revista/article/view/16/11. Acesso em: 18 de abr. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO

RAPHAELA MARIA DE OLIVEIRA MORAES VASQUES:
Advogada. Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Pós-graduada em Direito Público. Secretária Adjunta de Governo no Município da Serra/ES. Coach.

Resumo: O controle dos Poderes e da Administração Pública é consectário lógico do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes estabelecida na Constituição, sendo essencial que haja fiscalização dos atos e contratos celebrados, como meio de combater a corrupção e demais crimes contra a Administração Pública, a ordem econômica e financeira.

Palavras-chave: Administração Pública. Executivo, Legislativo e Judiciário. Controle e Fiscalização.

Abstract: The control of Powers and Public Administration is a logical consensus of the Democratic Rule of Law and the separation of powers established in the Constitution, and it is essential that there be inspection of the acts and contracts entered into, as a means of combating corruption and other crimes against the Public Administration, the economic and financial order.

Keywords: Public administration. Executive, Legislative and Judiciary. Control and Inspection.

Sumário: 1. Introdução. 2. Modalidades de Controle. 3. Órgãos de Controle. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 – INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 consagra, em seu art. 2º, que 'São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Nosso ordenamento jurídico, portanto, estabeleceu a distinção de poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, com o claro propósito de impedir que houvesse concentração de poder em um único órgão ou em um único agente, de modo a evitar o abuso de poder e a violação de direitos fundamentais assegurados aos cidadãos.

Não se trata, exatamente, de "divisão de poderes", já que renomada doutrina brasileira aponta que o poder é uno e indivisível, a exemplo do ilustre Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF Alexandre de Moraes[1], senão vejamos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A Constituição Federal, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, previu a existência dos Poderes do Estado e da Instituição do Ministério Público, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais e prevendo prerrogativas e imunidades para que bem pudessem exercê-las, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.
>
> A divisão segundo o critério funcional é a célebre "separação de Poderes", que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade, foi esboçada pela primeira vez por Aristóteles, na obra "Política", detalhada, posteriormente, por John Locke, Segundo tratado do governo civil, que também reconheceu três funções distintas, entre elas a executiva, consistente em aplicar a força pública no interno, para assegurar a ordem e do direito, e a federativa, consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças. E, finalmente, consagrada na obra de Montesquieu O espírito das leis, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da organização política liberal e transformando-se em dogma pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no art. 2º da nossa Constituição Federal[22].

Tratando do mesmo tema, em um brilhante voto rememorando a doutrina de Montesquieu, o Ministro do STF Eros Grau, hoje aposentado, no julgamento da ADI 3.367-1 – Distrito Federal, proferiu preciosa lição. Note:

> 3. Montesquieu jamais propôs a separação dos poderes. Sua exposição encontra-se no capítulo VI do Livro IX de O espírito das leis. As ideias que coloca inicialmente, neste capítulo, a sumariam: "Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o Executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos

> indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. (Grifei).

A separação de poderes, ou melhor, distinção de poderes, era entendida como medida necessária para limitar o exercício arbitrário do poder e, como consequência, assegurar os direitos dos cidadãos.

Embora haja na doutrina e na jurisprudência a expressão "distinção de poderes", o fato é que nossa Constituição de 1988 trouxe a expressão "separação de poderes", elencando como cláusula pétrea, no art. 60, § 4º, III, quando assevera que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação de poderes.

Na doutrina norte-americana, há o sistema do *"checks and balances",* traduzida como freios e contrapesos, que se aproxima dessa mesma ideia, na medida em que propõe um sistema de controle recíproco entre os poderes, de modo a evitar o uso arbitrário e abusivo do poder.

De igual modo, o *accountability* propõe a necessidade de responsabilização e prestação de contas dos gastos públicos, com a correlata transparência, o que encontra amparo, no nosso ordenamento jurídico, com a Constituição e com leis especiais, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, qual seja, Lei Complementar nº 101/2000 e com as normas gerais de Direito Financeiro, decorrentes da Lei 4.320/1964.

Referida obrigação de prestação de contas é estendida pela Constituição aos Partidos Políticos e aos entes, inclusive aos Municípios. Note:

> Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

Art. 30. Compete aos Municípios:

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Como demonstraremos abaixo, há diversos órgãos e mecanismos de controle da Administração Pública que exercem importantes funções, com o escopo de obstar malversação, malbaratamento, desvio de dinheiro público, improbidade administrativa e até mesmo crimes contra a Administração Pública, como corrupção.

De forma sucinta, sem a pretensão de esgotar o tema, é o que trataremos no presente artigo, com o claro propósito de acalorar o debate e deixar nossa parcela de contribuição acerca dos órgãos e mecanismos de controle dos gastos públicos, bem como dos instrumentos postos de combate à corrupção.

2 – MODALIDADES DE CONTROLE

De um modo geral, o controle da Administração Pública e dos gastos públicos, como demonstraremos abaixo, poder ser exercido por diferentes maneiras, diversos órgãos e por todos os poderes, cada um na sua esfera de competência, mormente se levarmos em consideração que a atividade financeira do Estado precisa ser fiscalizada, consoante destacado na doutrina de Harrison Leite[2]. Note:

> Como toda atividade humana, a atividade financeira do Estado também precisa ser fiscalizada, a fim de se verificar o exato cumprimento das normas jurídicas em seu torno. A sua fiscalização é ampla e não se adstringe a um exercício financeiro. Ela perpassa pelas discussões envolvendo a previsão de receita, a consolidação das despesas, os projetos das leis orçamentárias, sua execução, eventuais necessidades de empréstimos e a posterior fiscalização, a fim de saber se a aplicação dos recursos se deu conforme o previsto em lei. Há, portanto, fiscalização de todo o ciclo orçamentário.

Com relação aos poderes, o controle pode ser exercido pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, devendo, cada poder, controlar os seus próprios atos e, nos casos autorizados pela Constituição e nas leis, os atos dos demais poderes, exercendo funções típicas e atípicas, consoante explica o professor Pedro Lenza[3]. Note:

> Desta forma, além do exercício de funções típicas (predominantes), inerentes e ínsitas à sua natureza, cada órgão exerce, também, outras duas funções atípicas (de natureza típica dos outros dois órgãos). Assim, o Legislativo, por exemplo, além de exercer uma função típica, inerente à sua natureza, exerce, também, uma função atípica de natureza executiva e outra função atípica de natureza jurisdicional.
>
> Importante notar que, mesmo no exercício da função atípica, o órgão exercerá uma função sua, não havendo aí ferimento ao princípio da separação de Poderes, porque tal competência foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> constitucionalmente assegurada pelo poder constituinte originário.

A título de exemplo, além de controlar seus próprios atos, o Poder Judiciário pode controlar os atos dos demais poderes, já que nosso ordenamento jurídico adotou o sistema de jurisdição única e nossa Constituição consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição quando aduz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988).

Nesse mesmo sentido é a doutrina do renomado administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello[4]. Note:

> No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de sorte que assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, in concreto, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.

Por seu turno, o Poder Legislativo exerce controle e fiscalização sobre seus próprios atos e, quando assegurado pela Constituição e pelas leis, controle e fiscalização sobre os atos praticados pelos demais poderes, quando, por exemplo, susta atos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar, quando julga as contas do Presidente da República, quando fiscaliza os atos do Poder Executivo (art. 49, V, IX, X da CRFB/1988), quando processa e julga, nos crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal – STF, os membros do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União (art. 52, II, da CRFB/1988).

Já o Poder Executivo controla seus próprios atos, por meio da autotutela administrativa, com assessoramento da advocacia pública e fiscalização da controladoria, devendo declarar a nulidade dos atos ilegais, já que deles não se originam direitos, e revogar os discricionários, com fulcro na oportunidade e conveniência, havendo até mesmo verbetes de súmulas com o referido entendimento. Note:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Súmula 346, STF: A administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.
>
> Súmula 473, STF: A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Ademais, nos casos previstos na Constituição e nas leis, o Poder Executivo também poderá exercer controle sobre atos praticados pelos demais poderes, como, por exemplo, quando veta um projeto de lei, total ou parcialmente (art. 84, V, da CRFB/1988), seja por questões políticas (veto político) ou jurídicas (veto jurídico).

Depreende-se, portanto, que com relação aos órgãos, o controle pode ser interno e externo, a depender se feito pelo próprio órgão, na análise de seus atos e contratos, ou por órgão externo de fiscalização.

De forma bastante didática, o professor e Procurador do Município do Rio de Janeiro, Rafael Carvalho Rezende Oliveira[5], aborda o tema, senão vejamos:

> Os contratos podem ser controlados pela própria Administração (controle interno) ou pelos demais Poderes (controle externo).
>
> Quanto ao controle interno, a Administração, no exercício da autotutela, pode revogar atos inconvenientes ou inoportunos e deve anular atos ilegais. Desta forma, admite-se que a Administração anule contratos administrativos que apresentarem ilegalidades (inclusive no procedimento de licitação), bem como rescinda os contratos por razões de interesse público.
>
> Por outro lado, o controle externo será exercido pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo, com auxílio do respectivo Tribunal de Contas.

No que atine aos fundamentos, o controle caracteriza-se por ser hierárquico e finalístico e, com relação ao momento em que é realizado, o controle pode ser preventivo, concomitante e/ou posterior.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, com relação ao conteúdo, cumpre destacar que o controle pode ser de mérito, analisando as razões de oportunidade e conveniência, ou de juridicidade, analisando a legalidade lato sensu.

Todas essas formas de controle são de suma importância e ajudam a combater crimes contra a Administração Pública, como corrupção, por exemplo, o que reflete a elevada importância do tema proposto.

3 – ÓRGÃOS DE CONTROLE

Nosso ordenamento jurídico consagra, em seu bojo, a necessidade de controle entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, com o escopo de concretizar o princípio da legalidade previsto na Constituição, imputando responsabilidade solidária aos responsáveis pelo controle interno que não derem ciência ao Tribunal de Contas da União de irregularidades ou ilegalidades, quando delas tomarem conhecimento. Note:

> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:
>
> I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;
>
> II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
>
> III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;
>
> IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.
>
> § 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

> § 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Existem diversos órgãos encarregados de controle e fiscalização, a exemplo do Ministério Público, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, detendo competência para ajuizar ação penal e promover o inquérito civil e a ação civil pública, com amparo na própria Constituição. Note:

> Art. 127, CRFB/1988: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
>
> Art. 129, CRFB/1988: **São funções institucionais do Ministério Público:**
>
> **I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei**;
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
>
> **III - promover o inquérito civil e a ação civil pública**, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
>
> IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
>
> VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
>
> VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
>
> IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.
>
> Art. 5º, LIX, CRFB/1988: será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Percebe-se, portanto, a elevada importância do Ministério Público no controle do erário público, já que o mesmo possui competência para ajuizar ação penal em face dos infratores que cometem crimes contra a Administração Pública e, ainda, detém atribuição para ajuizar Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985) e Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), podendo requerer ressarcimento pelo dano causado e aplicação de multa aos infratores, conforme expressamente previsto nas legislações citadas acima.

Vale ressaltar, no entanto, que no caso da Ação Civil Pública, há outros legitimados além do Ministério Público, conforme expressamente assegurado pelo art. 5º, da Lei 7.347/1985. Vejamos:

> Art. 5º - Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> I - o Ministério Público;
>
> II - a Defensoria Pública;
>
> III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).
>
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Percebe-se, portanto, a existência de vários órgãos e entes com competência para o ajuizamento da ação civil pública, com possibilidade de controle, pedido de ressarcimento ao erário e aplicação de multa aos infratores.

Seguindo a mesma ideia de controle, porém no plano interno, podemos apontar como órgão encarregado de fiscalização e controle dos atos e contratos administrativos a advocacia pública, havendo, inclusive, previsão na Constituição de 1988. Note:

> CRFB/1988 - Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
>
> CRFB/1988 - Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Vale ressaltar, inclusive, que vários Municípios possuem assessoramento jurídico por meio de profissionais qualificados, que integram a carreira da Procuradoria Geral do Município – PGM, investidos no cargo após aprovação em concurso público (art. 37, II, da CRFB/1988), sendo, também, importante órgão de controle da Administração Pública e do erário público.

Existe em diversos entes políticos, ainda, outro importante órgão de controle interno dos atos e contratos celebrados, intitulado Controladoria, que realiza, dentre outras funções, certificação formal dos contratos celebrados, ajudando na fiscalização e controle da Administração Pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não se pode olvidar a importante atuação exercida pelo Tribunal de Contas, que recebe assento constitucional, sendo, indubitavelmente, um relevante órgão de controle externo dos atos e contratos da Administração Pública. Note:

> Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:
>
> I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;
>
> II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;
>
> III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;
>
> IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;
>
> V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
>
> VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades.

Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros.

Mostra-se relevante destacar que há, inclusive, verbete de súmula do Supremo Tribunal Federal – STF reconhecendo que o Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público, senão vejamos:

> Súmula 347, STF: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Na mesma toada, cumpre destacar outros dois importantes órgãos de controle, com assento constitucional, quais sejam, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ e o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, cabendo-lhes exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, podendo receber reclamações contra seus membros, conforme dicção expressa da Constituição (Art. 103-B, § 4º c/c Art. 130-A, § 2º, da CRFB/1988).

De um modo geral, as corregedorias também desempenham um papel relevante, na medida em que proporcionam o recebimento de denúncias e reclamações, que podem ser decorrentes de desvios e irregularidades referentes ao malbaratamento dos recursos públicos.

É imperioso destacar, no âmbito do Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI's, as quais possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, consoante estabelece a própria Constituição de 1988. Note:

> Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.
>
> § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A polícia federal também é importante órgão de controle, na medida em que possui como função "apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei" (Art. 144, § 1º, I, da CRFB/1988). Por seu turno, a polícia civil também desempenha função correlata, porém no âmbito de sua competência (art. 144, § 4º, da CRFB/1988).

A depender do caso concreto, poderá ser cabível o ajuizamento de mandado de segurança, com fulcro no Art. 5, LXIX, LXX da CRFB/1988 c/c a Lei 12.016/2009, ou até mesmo uma ação popular, com supedâneo no Art. 5º, LXXIII, da CRFB/1988 c/c a Lei 4.717/1965.

Observe que a Lei de Ação Popular, qual seja, Lei 4.717/1965, estabelece expressamente que o cidadão possui legitimidade para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de empresas públicas e diversas outras entidades, devendo a prova da cidadania ser feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda. Note:

> Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinqüenta por cento do patrimônio ou da receita ânua, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.
>
> § 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 3º A prova da cidadania, para ingresso em juízo, será feita com o título eleitoral, ou com documento que a ele corresponda.

É indubitável, portanto, que o controle do erário público também poderá ser feito pelo cidadão, por meio de ação popular ou mediante denúncia aos órgãos de controle, como Ministério Público ou Tribunal de Contas, o que evidencia a premente necessidade de acompanhamento popular dos atos e contratos celebrados pela Administração Pública.

Na verdade, é até louvável que haja participação popular no controle da Administração Pública, como alicerce de construção de uma sociedade democrática pautada na legalidade e na ordem.

Há, ainda, diversos organismos internacionais que atuam em cooperação, com troca de informações, de modo a evitar desvios e combater a corrupção, já que no mundo atual, amplamente globalizado, as fronteiras são frágeis e os países necessitam de mútua ajuda no enfrentamento dos crimes contra a administração pública e contra a ordem econômica e tributária.

Na mesma linha, existem diversas leis penais extravagantes que procuram reprimir crimes contra a Administração Pública e contra a ordem econômica e tributária, embora não tenhamos, nesse artigo, intenção de abordá-las, com as respectivas implicações no nosso ordenamento jurídico.

Nosso desiderato foi, apenas, contribuir para o debate e elencar os órgãos de controle e os instrumentos de fiscalização disponíveis em nosso ordenamento jurídico, já que a corrupção é um dos piores problemas que assolam nosso país, superando, na visão de muitos brasileiros, até mesmo os percalços ligados à saúde, educação, violência e desemprego.

4 – CONCLUSÃO

No presente artigo procuramos destacar os órgãos de controle da Administração Pública e os instrumentos jurídicos existentes em nosso ordenamento que permitem fiscalizar os poderes, os atos e contratos administrativos celebrados, de modo a combater desvios que sejam decorrentes de crimes cometidos contra a Administração Pública, a exemplo da corrupção, e demais crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira.

O fato é que a corrupção é um dos piores problemas da sociedade e toda forma de controle deve ser entendida como salutar, de modo a sacramentar a força normativa da constituição e a prevalência dos direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, mostra-se de suma importância que os agentes públicos observem rigorosamente os ditames legais e que, paralelamente, a sociedade civil seja politizada, fiscalizando os poderes públicos, bem como os atos e contratos administrativos, de modo a afastar os infratores pela via administrativa, judicial, ou até mesmo pela via eleitoral, com acurado discernimento na hora de eleger seus representantes.

Deste modo, certamente, estaremos mais próximos de um Estado Democrático de Direito, escorado na Constituição, que observa a lei e a ordem.

5 - REFERÊNCIAS

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos – Teoria e Prática. 8ª Edição. Ed. Método.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 26ª Edição. Malheiros Editores.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Ed. Lúmen Juris. 17ª Edição.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª Edição. Ed. Saraiva.

LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 4ª Edição. Ed. JusPodivm.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A, p. 373.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Editora Sérgio Antônio Fabris Editor. Tradutor: Min. Do STF Gilmar Ferreira Mendes.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Lei 8.666/1993.

Lei 8.429/1992.

Lei Complementar nº 101/2000.

Lei 4.320/1964.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Lei 12.016/2009.

Lei 4.717/1965.

Lei 7.347/1985.

NOTAS:

[1] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 19ª Edição, São Paulo, Ed. Atlas S.A, p. 373.

[2] LEITE, Harrison. Manual de Direito Financeiro. 4ª Edição. Editora JusPODIVM. P. 379.

[3] LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 17ª Edição. Editora Saraiva. P. 517.

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 26ª Edição. Malheiros Editores. P. 936-937.

[5] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e Contratos Administrativos. 8ª Edição, Editora Método. P. 293.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PLURALIDADE DOS VÍNCULOS PARENTAIS E OS EFEITOS DA TESE ESTABELECIDA NA REPERCUSSÃO GERAL Nº 622 DO STF

ELIANE NASCIMENTO DE OLIVEIRA: Acadêmica de Direito no Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: Este artigo objetiva analisar a tese estabelecida na repercussão geral nº 622 do STF. Para tanto, foram analisadas questões que envolvem os efeitos jurídicos da socioafetividade como critério de parentesco; o paradigma da multiparentalidade e as mudanças trazidas pelo mesmo para o Direito de Família e os efeitos jurídicos da tese estabelecida na Repercussão Geral nº 622 no que tange à pluralidade de vínculos parentais. Como metodologia empregou-se a pesquisa bibliográfica em materiais já publicados, a exemplo da jurisprudência, legislações e doutrinas que se dedicam ao estudo do tema em análise permitindo concluir que a decisão proferida pelo STF na Repercussão Geral nº 622 abriu caminhos para que novas relações parentais sejam reconhecidas fundamentadas no afeto, consubstanciando-se em uma via não excludente, que permite as diversas formas de família decorrentes do convívio humano.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação. Multiparentalidade. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT: This article aims to analyze the thesis established in the general repercussion nº 622. To this end, For that purpose, questions that involve the legal effects of socio-affection as a criterion of kinship were analyzed; the paradigm of multi-parenting and the changes brought by it to Family Law and the legal effects of the thesis established in General Repercussion No. 622 with regard to the plurality of parental ties. As a methodology, bibliographic research was used in materials already published, such as the jurisprudence, legislation and doctrines dedicated to the study of the subject under analysis, allowing us to conclude that the decision made by the STF in General Repercussion No. 622 opened the way for new parental relationships be recognized based on affection, materializing in a non-exclusive way, which allows the different forms of family resulting from human coexistence.

KEYWORDS: Affiliation. Multiparenting. Legal effects.

INTRODUÇÃO

A socioafetividade aplicada à filiação é uma possibilidade jurídica fundada na Constituição Federal de 1988, posto que a constituição desta relação familiar passou a levar em conta o critério da socioafetividade, rompendo com a hegemonia do parâmetro natural ou consanguíneo, atentando-se a evolução da sociedade, que

vivencia uma intensa transformação das famílias, que passaram a ser consideradas como um verdadeiro mosaico, um ninho de comunhão, focalizada na realização pessoal dos indivíduos e no respeito mútuo entre seus membros.

Perante a Norma Constitucional vigente, está resguardada a igualdade de tratamento a todos os filhos, ficando vedado o tratamento discriminatório relacionado à filiação, seja de origem biológica ou de outras formas, devendo ser reconhecidos direitos e qualificações igualitárias a toda prole, além de tornar mais amplo o conceito de família, delineando os primeiros passos rumo à coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos ou tão somente afetivos[1].

Seguindo a mesma linha da Constituição Federal, traçando o caminho para o a possibilidade da pluriparentalidade, foi admitido pelo Código Civil a existência de parentescos de outras origens[2], além do biológico, advindo da consanguinidade, recepcionando a socioafetividade enquanto parâmetro para a filiação. Estendeu-se o conceito de família, recepcionando situações que se adequam a complexidade das entidades familiares.

O problema que orientou esta pesquisa foi: quais os efeitos jurídicos da tese estabelecida na Repercussão Geral nº 622 no que tange à pluralidade de vínculos parentais?

Acredita-se que a tese de Repercussão Geral nº 622, fixada pelo STF, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060/2016, representou um avanço no tocante ao reconhecimento da paternidade socioafetiva, realidade presente na sociedade brasileira.

Feitas as considerações iniciais, o presente estudo tem como objetivo geral analisar a tese estabelecida na Repercussão Geral nº 622 e suas consequências no Direito das Famílias e das Sucessões.

Para atingi-lo, foram delineados os seguintes objetivos específicos: analisar a contribuição do afeto para o surgimento da multiparentalidade; explicar o paradigma da multiparentalidade; quais as mudanças trazidas pelo mesmo para o Direito de Família e das Sucessões; e abordar os efeitos jurídicos da tese estabelecida na Repercussão Geral em apreço no que tange à pluralidade de vínculos parentais.

Denota-se a relevância do estudo, pois, o Brasil é um dos países pioneiros no reconhecimento da pluriparentalidade, configurando-se como tema de amplo interesse a decisão proferida pela Suprema Corte, em tema de repercussão geral, em que foi analisada a prevalência da parentalidade socioafetiva sobre a biológica. A tese estabelecida na Repercussão Geral nº 622, criou um cenário jurídico inovador,

até então pouco conhecido, representado pela recepção da coexistência de vínculos parentais, sejam eles afetivos ou biológicos, em mesmo grau de hierarquia, abrindo-se um novo conceito e, consequentemente um novo campo de estudo, ainda pouco explorado, consubstanciado na análise dos efeitos da multiparentalidade.

No desígnio de responder o objetivo geral dessa pesquisa, qual seja, analisar o valor jurídico do afeto no surgimento da pluriparentalidade e os efeitos de seu reconhecimento pelo judiciário Brasileiro, foi realizada uma pesquisa bibliográfica em doutrinas e na legislação vigente, aliada a uma análise jurisprudencial, a qual orienta a elucidação do tema proposto.

1 A IMPORTÂNCIA DO AFETO PARA O SURGIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Inicia-se esta seção, que tem o escopo de analisar a importância do afeto para o surgimento da multiparentalidade no direito brasileiro, com uma breve digressão a respeito das entidades familiares.

Segundo Lobo (2018, s.p), as entidades familiares constitucionalizadas inequivocamente extrapolam o *numerus clausus* (número fechado) descritos na CRFBQ1988 e que serviu de guia para o atual conceito de família. Segundo o autor, os dados têm revelado relações familiares bastante diversificadas, muito distanciados dos modelos legais.

Conforme explica Tartuce (2017, p.47), a CRFB/1988 ao adotar o pluralismo familiar repeliu expressamente o casamento como única forma de constituição de família e mesmo orientando para a lei facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226, § 3°), não impõe aos conviventes a obrigatoriedade em convertê-la.

Segundo Tartuce (2017, p.47), ao tratar da proteção à família no caput e no § 8° do art. 226, da liberdade de planejamento familiar no art. 226, § 7°, e nos deveres da família e dos pais para a proteção das crianças, adolescentes e idosos no art. 227, caput, § 6°, 229 e 230, a CRFB/1988 não estabeleceu qualquer prioridade ou superioridade das famílias constituídas pelo casamento sobre os demais arranjos familiares, conferindo igualdade de tratamento para as famílias, independente da forma de constituição.

Para Lôbo (2018, s.p), a questão que se aventa e ainda é objeto de reiterados debates jurídicos é se a Constituição reconhece como entidade familiar apenas o casamento, a união estável heteroafetiva e as famílias monoparentais. O autor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concluiu que os três tipos previstos na Constituição Federal são meramente exemplificativos.

Com efeito, as referências da constituição de família apenas pelo casamento, prevista na Constituição de 1967-1969 (art. 175), foram suprimidas na atual pelo art. 226, *caput*, que se trata de cláusula geral de inclusão. O § 4° do art. 226 reforça a cláusula geral de inclusão em razão do termo também nela contido, que significa o mesmo que igualmente, de igual maneira, outrossim, sem que outros sinônimos sejam excluídos.

A parentalidade biológica, segundo Madaleno (2015, p.41), envolve a consanguinidade, a vinculação genética entre os parentes. É a primeira que surge em virtude da união do gameta masculino e feminino e jamais poderá ser modificada, pois o novo parente trará em seu código genético a marca de sua origem, identificando a parentabilidade biológica pela metade dos genes herdados da mãe e a metade herdada do pai, constituindo um código genético único que sempre o identificará.

Referente à parentalidade registral, Carvalho diz que esta identifica, no assento de nascimento,

> [...] os parentes da pessoa e possui presunção de veracidade e publicidade. Fornece a base documental para toda a vida do ser humano, comprovando juridicamente que existe, sendo o principal gerador de direitos e deveres em razão do parentesco (CARVALHO, 2015, p.87).

A paternidade, segundo Carvalho (2015, p. 87), vínculo mais próximo de parentesco, é presumida no casamento, sendo desnecessária a declaração do cônjuge varão para o assento dos filhos havidos de sua mulher na constância do matrimônio, exigindo-se, fora do casamento, o reconhecimento voluntário ou compulsório da perfilhação (arts. 52 e 59 da Lei 6.015/73 e 1.597, 1.606 e 1.609 do CC). A presunção de veracidade da parentalidade registral é expressa no Código Civil e só pode ser contestada provando-se erro ou falsidade, dispondo os artigos 1.603 e 1.604 que:

> Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.
>
> Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro (BRASIL, 2002, s.p).

O vínculo parental, mesmo que apenas registral, é o que alicerça os direitos e deveres entre os parentes, como, por exemplo, alimentos, direitos sucessórios e impedimentos para o casamento. Tanto que os genitores, sejam eles biológicos ou socioafetivos, não poderiam reconhecer os filhos, se no assento de nascimento constasse outro pai registral, sendo necessário o ajuizamento de ação investigatória de paternidade/maternidade c/c retificação do registro civil.

1.1 Das espécies de filiação socioafetivas

A filiação socioafetiva, vínculo que possibilita a existência da multiparentalidade, pode se concretizar nas seguintes situações: adoção judicial; reconhecimento voluntário de filho do cônjuge ou da companheira; adoção à brasileira; e o que, popularmente, se conhece como "filhos de criação", aqueles dotados da condição de filho apenas pelo afeto. Discutir-se-á a seguir cada uma dessas situações.

A adoção judicial é aquela que advém por um ato jurídico em sentido estrito, onde cria-se um vínculo denominado de "paternidade-maternidade-filial" entre pessoas estranhas, não necessitando a existência de um vínculo consanguíneo, de parentesco biológico. Este tipo de adoção, segundo Diniz (2017, p.268) constitui um parentesco eletivo, uma vez que acontece em decorrência exclusiva de vontade, de um ato de amor, onde é levado em conta majoritariamente o benefício do filho ora adotado.

Ao adotado, segundo Dias (2016, p.477) é dada a condição de filho, tendo todos os direitos e deveres provenientes do vínculo existente entre pai e filho, como se consanguíneos fosse, sem qualquer distinção.

Outro vínculo parental se configura, quando um dos cônjuges ou companheiros, comparece ao cartório de registro civil, provido de espontânea vontade, declarando-se genitor da prole parceiro, restando configurada uma das formas de adoção à brasileira.

O registro de filho alheio, quando feito de modo consciente e espontâneo, inexistindo prova de coação ou erro, impossibilita sua posterior anulação, pois deste reconhecimento se configura a vontade de formar o vínculo familiar, surgindo ligação entre pai e filho, caracterizada eminentemente pelo afeto.

Os julgados, em conformidade com o caput do artigo 1.609 do Código Civil, vêm reconhecendo a voluntariedade no ato registral, tornando este, portanto, irrevogável, rejeitando desta forma, eventual pretensão de anulação do registro, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

qual é considerado espontâneo, priorizando desta forma o vínculo socioafetivo estabelecido com o filho.

Figueiredo e Figueiredo (2015, p.155) esclarecem que, quando o suposto pai reconhece a paternidade, mesmo tendo conhecimento de que não é o pai biológico da criança e lhe registra como se fosse filho consaguíneo, tipifica desta forma verdadeira adoção, a qual é irrevogável, não cabendo uma posterior pretensão de anular o registro de nascimento.

Já a adoção de fato ou filiação socioafetiva, se baseia única e exclusivamente no afeto, não havendo nenhum vínculo jurídico nem tampouco biológico, diferentemente do que acontece na adoção civil e à brasileira.

Por ser uma relação baseada unicamente no amor entre pais e filhos, para que a situação do denominado "filho de criação" seja considerada como uma realidade social (socioafetiva), faz-se necessária sua consolidação. A comprovação da posse do estado de filho está diretamente ligada à finalidade de mostrar para a comunidade jurídica uma verdade social.

Entende-se que é imprescindível sempre proceder à análise da situação fática, mensurando o convívio entre pai e filho, o que constitui-se em um dos pressupostos para se identificar a perentalidade socioafetiva, além do afeto, a vontade livre e consciente de desejar e ser genitor.

É evidente que a criança que passa a conviver no seio familiar, gozando de uma relação socioafetiva, mesmo tendo conhecimento de que não existe nenhum vínculo biológico entre ela e os seus genitores, merece e deve desfrutar dos mesmos direitos do filho consanguíneo.

Assim, de um lado tem-se a paternidade consanguínea, ou seja, aquela decorrente do vínculo biológico, atestável por exame laboratorial, que possibilita afirmar a existência de conexão genética entre duas pessoas. De outro lado, aquela advinda de uma realidade fática, que não pode ser ignorada pelo direito pátrio, qual seja, a filiação socioafetiva, arquitetada nos laços familiares de afeto, solidificados ao longo da história de cada sujeito e que constitui alicerce indispensável para atribuição da parentalidade (LÔBO, 2003, p.153).

Nesse sentido, prevê a CRFB/1988, em seu artigo 226, parágrafo 6º, o princípio da igualdade entre os filhos, ficando expressamente proibido qualquer tipo de denominação de caráter discriminatório referente à filiação, sendo vedada qualquer desigualdade entre as proles, sejam elas de origem biológica ou de outra natureza. Entretanto, até o advento do tema de repercussão geral nº 622, observava-se uma

contradição a respeito dos filhos socioafetivos, entre o que prevê a Constituição brasileira e as decisões proferidas pelos Tribunais pátrios.

Alguns Julgados, a exemplo do RE nº 370.067 – RS[3] entendiam que os filhos socioafetivos não poderiam ser igualados aos filhos adotivos, tampouco aos filhos biológicos, ignorando a relação de afeto existente, fazendo *tabula rasa* às normas constitucionais. Em contrapartida, outros Magistrados já decidiam, em interpretação conforme preceitua a norma constitucional, reconhecendo os filhos socioafetivos em igualdade de direitos e deveres com os filhos adotados e consanguíneos.

Ao longo da construção doutrinaria e jurisprudencial, aliada aos preceitos constitucionais de vedação da desigualdade entre filhos, o vínculo biológico, científico, deixou de prevalecer nas relações familiares, passando a ser juridicamente relevante a verdade emocional, aquela baseada em relações parentais afetivas.

O afeto ganhou relevância no reconhecimento dos vínculos socioafetivos, possibilitando o reconhecimento jurídico da parentalidade socioafetiva. Constata-se que na socioafetividade há uma condição de pai e/ou mãe afetivos sendo perceptíveis as situações em que a criança não teve/tem convivência com um dos pais biológicos por motivos diversos (divórcio/separação dos pais, óbito, abandono efetivo, destituição do poder familiar) e passa a viver com um padrasto ou madrasta nutrindo por eles um sentimento de afeto que não difere do observado na filiação biológica.

Por esta razão, e não poderia ser diferente, integra os Direitos da Personalidade da criança o direito a ter o nome daquele que o criou, o seu pai socioafetivo, em seu registro de nascimento.

Analisado o valor jurídico do afeto frente à pluralidade de entidades familiares convivenciais, passa-se à segunda seção dessa pesquisa cujo intuito é o de analisar o paradigma da multiparentalidade e as mudanças trazidas ao direito de família.

2 DA MULTIPARENTALIDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A multiparentalidade, segundo Amorim (2012, p.236), configura-se como a possibilidade da concomitância de três, ou mais, vínculos de parentescos em relação a um único indivíduo, sendo produzidos os efeitos jurídicos referente a todos eles simultaneamente, em absoluta igualdade, independente de qual seja a origem da filiação.

Filiação biológica e afetiva são realidades existentes, não havendo preponderância de uma sobre a outra, podendo, destarte, coexistirem. O artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1.593, do CC/2002, dispõe que o parentesco pode ter outra origem, onde justamente se enquadra legalmente a possibilidade da filiação socioafetiva, autorizando-se então a coexistência entre o parentesco afetivo e o biológico. E afirma com clareza Dias (2016, p.988) que "não há como negar que alguém possa ter mais de dois pais. Todos assumindo os encargos do poder familiar, a proteção será maior a quem merece tutela com absoluta prioridade".

Para a melhor compreensão da multiparentalidade, há de se ter em mente que a configuração familiar atual contempla, mais do que a possibilidade genética em gerar filhos (do qual decorre a parentalidade biológica), a valorização do exercício de funções no âmbito familiar, ou seja, os papéis desenvolvidos pelos membros da entidade familiar que possibilitam a seus membros, na esteira da busca da felicidade e da satisfação no trato conjunto, contribuir para o alcance dos objetivos comuns.

Por tal prisma, em análise acerca da filiação socioafetiva, Farias e Rosenvald (2014, p.691) explicam sobre a funcionalização da figura do pai construída no cotidiano vivido, em que, na estrutura familiar, o genitor é aquele que ocupa, na vida do filho, a função paterna, independentemente do critério biológico, o que está intimamente ligado com o exercício do poder familiar.

De tal sorte, a parentalidade na configuração familiar atual é vista sob o prisma funcional, e reconhecida no trato diário, nas relações sociais e na efetiva demonstração de afeto, respeito e cuidados especiais entre as pessoas (pais e filhos), que reconhecem tal relação com tanta grandeza como aquela decorrente da consanguinidade.

Explicado o paradigma da multiparentalidade e as mudanças trazidas pelo seu reconhecimento para o Direito de Família, passa-se a discutir os posicionamentos doutrinários sobre a multiparentalidade.

2.1 Posicionamentos doutrinários sobre a multiparentalidade

Acerca de um primeiro ponto de destaque prático referente à adoção da multiparentalidade, importa esclarecer como a tese pode ser reconhecida no âmbito judicial. Nesse aspecto, a multiparentalidade pode ser reconhecida nas mais diversas ações atinentes à filiação, além de se vislumbrar plenamente cabível nas ações de adoção.

Nessa toada, como informa Vargas (2017, p.106) em casos exemplificativos, o autor apresenta o pai biológico, mas que não figurou originariamente como tal quando do efetivo registro de nascimento da criança, pleitear posteriormente sua inclusão, não obstante já existir um pai registral diverso, que preserva vínculo afetivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com a criança, concluindo ser indispensável a realização de estudo psicossocial, o qual fornece elementos valiosos ao julgador para a preservação do superior interesse da criança.

Assim, verificada, no exemplo dado, a socioafetividade entre a criança e o pai registral, não se desfaz tal vínculo, ao passo que, também desejando o genitor consanguíneo exercer a função paterna, emerge a possibilidade de ser reconhecida a multiparentalidade.

Como explica Vargas (2017, p.245), os casos de multiparentalidade também podem surgir, como ocorre em diversas situações, no âmbito de ações negatórias de paternidade, ajuizadas por pai registral que, diante do aparecimento de pai biológico em determinado momento da vida do filho, deseja ter o vínculo formal categoricamente desconstituído, por interesses dos mais diversos (muitas vezes antagônicos ao superior interesse da criança, o que faz translucidar a situação da multiparentalidade).

Em contrapartida a essa intenção de rompimento, tem-se a visão do filho, por vezes envolvido em conflitos que transcendem seus pensamentos. Para este, aquele que a registrou, e que com ela formou vínculos de afeto e paternidade, não pode simplesmente ser apagado (VARGAS, 2017, p.247).

Segundo Calderon (2017, p.125) essas pessoas (pai registral e o filho) formaram, por certo, vínculo afetivo indissociável, que em muito molda a personalidade, as características e o trato social de um sujeito em desenvolvimento. E tal vínculo, graças à possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade, e dando relevo ao superior (e contínuo) interesse da criança, pode ser mantido, preservando a integridade do infante.

Em um dos casos exemplificativos citados na obra de Calderon (2017, p. 161), determinado pai pretendia ver seu nome excluído do registro de nascimento da criança, que havia reconhecido em tenra idade. No polo ativo, figuravam, além dele, a genitora da criança e o seu pai biológico, estando as partes, a princípio, de acordo com o desfazimento da situação registral, para que a paternidade da criança seja readequada.

Ajuizada a ação, segundo Vargas (2017, p.261), verificou-se por intermédio da realização de estudo psicossocial pela equipe multidisciplinar que auxilia o Juízo, que a criança tinha a noção de que o genitor (origem biológica) era seu pai, mas também tinha no pai registral, socioafetivo, a figura paterna. Ou seja, para aquela criança, ambos eram seus pais, cada um com funções igualmente importantes para sua vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Frente a essa situação, restou evidenciada a existência de dois vínculos parentais, de origens distintas, entre cada um dos pais (biológico e registral-socioafetivo) e a criança. Ou seja, foi dado destaque à verdadeira situação de multiparentalidade, de forma que o interesse da criança, de manutenção desses vínculos com os pais, restou ao final preservado.

Nesse sentido, a sentença proferida, reconhecendo a multiparentalidade em sua essência de preservação do interesse da criança, determinou que fossem mantidos os dados do pai registral, e incluídos também os dados do pai biológico no registro de nascimento da criança, formalizando, pois, a situação já compreendida pelo infante de pluriparentalidade.

Segundo Carvalho (2015, p.69), em decorrência do reconhecimento da pluriparentalidade e do poder familiar atribuído a todos os pais de forma igualitária, mostram-se aplicáveis as regulamentações corriqueiras que permeiam o desenvolvimento da criança, e garantem seu sadio desenvolvimento.

Com efeito, e analisando a aplicação prática dos vínculos originários da filiação, tem-se que o entendimento jurisprudencial atual é no sentido de reconhecer a existência de três espécies de origem de parentesco: a biológica, a adotiva e a socioafetiva. Entretanto, como alerta Carvalho (2015, p.69) por muitas vezes se nota que as decisões têm por escopo uma análise, no caso concreto, acerca de prevalência de um critério sobre o outro, gerando desequilíbrio.

Assim, passando-se a adotar a multiparentalidade, compreende-se que os critérios biológicos e socioafetivos possuem origens diversas, de modo que podem coexistir com a finalidade de admitir a existência de parentalidade advinda do vínculo genético, e aquela construída através da formação de vínculo socioafetivo concomitantemente. Dessa pluralidade de vínculos de origem diversa, podem existir relações múltiplas entre os filhos e seus pais (biológicos ou socioafetivos), o que faz com que a multiparentalidade sirva como instrumento para que sejam realizados os direitos da personalidade.

Dito isto, passa-se à análise da Repercussão Geral nº 622, que sedimentou a multiparentalidade no ordenamento jurídico pátrio.

3 A REPERCUSSÃO GERAL Nº 622 DO STF

Sobre o tema "multiparentalidade", principalmente no que tange à simultaneidade de pais biológicos e socioafetivos, reconhecendo que existem vínculos de origens distintas passiveis de coexistirem, e com base na sistemática de apreciação dos recursos elencada no CPC/2015, destaca-se a decisão do STF em sede

de Recurso Extraordinário (RE) com repercussão geral reconhecida. Trata-se da decisão proferida em sede do julgamento do RE 898060, em 21.10.2016[4].

Nesse caso, cujo relator foi o Ministro Luiz Fux, foi fixada tese que passou a servir de parâmetro para casos semelhantes, nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios" (BRASIL, 2016, s.p).

O RE 898.060 (Repercussão Geral 622) ressaltou, em atenção ao princípio da paternidade responsável, que tanto os vínculos de filiação oriundos de relação de afeto entre os envolvidos, quanto os originados dos laços biológicos, devem ser recepcionados pelo ordenamento pátrio, podendo coexistirem, sem que seja estabelecida entre si hierarquia. O relator afirma que "não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja para preservar o interesse do filho" (BRASIL, 2016, s.p).

O ministro Dias Toffoli ressaltou o direito do filho ter mantida a relação de amor com o pai socioafetivo, o que não afasta o pai biológico do cumprimento de suas obrigações legais para com seu filho, a exemplo do dever de alimentá-lo, educá-lo e abrigá-lo em uma moradia. "Se teve o filho, tem obrigação, ainda que filho tenha sido criado por outra pessoa" (BRASIL, 2016, s.p).

Acompanhando o relator, o ministro Gilmar Mendes pontuou que a tese sustentada pelo pai biológico demonstra "cinismo manifesto". "A ideia de paternidade responsável precisa ser levada em conta, sob pena de estarmos estimulando aquilo que é corrente porque estamos a julgar um recurso com repercussão geral reconhecida" (BRASIL, 2016, s.p).

Edson Fachin, a seu turno, votou pelo provimento parcial do recurso, entendendo que a parentalidade socioafetiva "é o que se impõe juridicamente" (BRASIL, 2016, s.p) no caso dos autos, por existir vínculo socioafetivo com um pai e também vínculo biológico com o genitor. Assim, deixa claro em seu entendimento que existe diferença entre o genitor e o pai, quando ressalta que o parentesco não se confunde com a questão biológica.

Assim, a decisão do STF reflete duas grandes tendências: primeiro, a necessidade de reconhecimento do afeto quanto elemento caracterizador/formador de vínculos (parentesco socioafetivo); e segundo, a multiparentalidade, a possibilidade de constituição de vínculo de parentalidade simultânea com todos os seus efeitos, não havendo distinção estres estes diante de sua origem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 As conseqüências e perspectivas para o futuro diante da multiparentalidade

Aguirre (2018, p.570) entende que a multiparentalidade fez surgir dúvidas no Direito de Família assim como abriu, por exemplo, a possibilidade de um pai biológico, que não é mais pai em razão do vínculo decorrente da sentença de adoção, requerer a dupla paternidade. Preocupa também ao autor o fato daquele que doa DNA para fins de fertilização *in vitro* ser demandado na justiça.

Também no campo sucessório, o reconhecimento da multiparentalidade permite que o filho integre, para todos os efeitos, a linha sucessória de todos os pais e mães envolvidos. O filho é, pois, filho para todos os efeitos. Nesse sentido, Dias (2016, p.415) explica que na multiparentalidade, o filho é descendente de grau mais próximo de mais de duas pessoas, participando, na qualidade de herdeiro necessário, da sucessão de todos os seus pais, nos termos do art. 1.829 do Código Civil, em concorrência igualitária com eventuais irmãos não inseridos no âmbito da multiparentalidade existente.

Simão (2016, s.p) alerta que a partir do momento que a paternidade passou a ser decisão do filho, este tem o direito de ter pai socioafetivo e genético e isto dá margens para ações argentárias visando a obtenção de herança do ascendente genético por mera conveniência, sendo que no entendimento do autor, pai é quem cria e dá amor e não quem gera.

Trata-se de preocupação legítima em razão da complexidade das estruturas familiares, pois, tendo em vista o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, filhos biológicos e socioafetivos possuem os mesmos direitos, existindo a possibilidade de ter mais de um pai ou mais de uma mãe, o que eleva as chances de demandas mercenárias, por exemplo, de um filho, intentando a herança de dois ou três pais (socioafetivos ou biológico) mesmo que não existe vínculo de afeto com todos eles. O contrário também pode ocorrer, a exemplo do caso de dois pais ou mais e/ou duas mães requerendo o recebimento da herança de um mesmo filho que não deixou descendentes.

Como explica Anderson Schreiber (2016, s.p), pelo Código Civil, o pai faria jus à metade dos bens, e a mãe, igualmente, receberia outra metade. Mas se houver, por exemplo, três pais e uma mãe, questiona-se como se daria a distribuição nessa possibilidade: se a mãe receberia a metade e a outra metade seria dividida entre os três pais ou se a herança seria dividida igualmente entre os quatro, a fim que a qualidade de pai não pareça menos importante que a da mãe. Esta é uma resposta para a qual ainda não se tem respostas e a pequena produção doutrinária sobre o tema tem se posicionado no sentido de que a divisão deve ser feita em partes iguais.

Em face da possibilidade de demandas banais e mercenárias, conforme alertado por Vargas (2017, p.249), entende-se que é importante que se observe sempre se existe a presença do afeto, mesmo que esteja presente o vínculo biológico.

Assim, nada obsta que um filho receba a herança de dois ou três pais e uma mãe e vice-versa, mas há que se ressaltar que a contrapartida também deve ser assegurada, ou seja, este filho terá direitos, mas, também o dever de cuidado para com todos os pais/mãe que alega que possui (CASSETARI, 2017, p.155).

Vargas (2017, p.250) entende que isto traria um ônus muito elevado a esse personagem e por isto entende que esta questão deveria ser regulamentada.

Aguirre (2018, p.572) concorda com Simão (2016, s.p) e entende que o parentesco provém do afeto e não da ascendência genética e, segundo o autor:

> [...] será a partir do afeto que traçaremos o caminho para a assunção da multiparentalidade em alguns casos e para o reconhecimento tão somente da origem biológica em outros. Isso porque, entendemos que o limite para a assunção da primeira, a multiparentalidade, encontra-se exatamente na existência ou não da afetividade, eis que o reconhecimento de vínculos concomitantes só será possível quando existente a socioafetividade em todas as relações a serem considerada (AGUIRRE, 2018, p.572).

Desta forma, só é possível o reconhecimento de vínculos simultâneos, se configurada a parentalidade socioafetiva entre o pai biológico e o filho e também comprovada a socioafetividade com outra pessoa que também exerce o papel paterno.

Já Tartuce (2017, p.455) faz menção às incertezas que pairam sobre o doador de material genético, em face do instituto da multiparentalidade. O autor relembra que em 2016 a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento n.52 que, ao disciplinar o registro de nascimento de filhos concebidos por reprodução medicamente assistida, passou a pleitear para o registro:

> Art. 2º
>
> [...]
>
> Inc. II - declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora, com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários (CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, s.p).

Esta exigência fere a garantia de anonimato daqueles que doam material genético e desencoraja as pessoas a fazerem essa doação, e embora seja amenizada pelo § 4º do mesmo artigo, que diz que "o conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida" (CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, s.p), frente às decisões inusitadas que surgem dia após dia, causa grande insegurança jurídica.

Do exposto constata-se que as polêmicas não se referem ao direito à multiparentalidade em si, mas aos muitos questionamentos que permanecem sem resposta com o reconhecimento deste instituto que não veio acompanhado de mudanças no código civil no que tange à guarda, convivência e aos efeitos patrimoniais.

Por fim, citam-se alguns efeitos práticos e relevantes da multiparentalidade. Primeiramente, tem-se que em decorrência do reconhecimento da multiparentalidade e do poder familiar atribuído a todos os pais de forma igualitária, mostram-se aplicáveis as regulamentações corriqueiras que permeiam o desenvolvimento da criança, e garantem seu sadio desenvolvimento. Nesse sentido, segundo Dias (2016, p.416), em caso de eventual rompimento do relacionamento entre os pais, a regulamentação da guarda e do direito de convivência familiar entre a criança e seus pais (biológicos e socioafetivos) deverá seguir regularmente as disposições legais atinentes ao tema, inclusive no que tange à observância da Lei 13.058/2014, que trouxe novos contornos para a guarda compartilhada, sendo esta a modalidade preferencial para a atribuição de responsabilidades e tomada de decisões dos pais em relação aos filhos, nos moldes da alteração trazida no § 2º do art. 1.584 do Código Civil. Pode a multiparentalidade gerar, pois o exercício da guarda na modalidade compartilhada entre todos os pais, destacando-se, para tal fixação, a necessária observância do princípio do superior interes-se da criança, inclusive na tomada das decisões relevantes para o sadio desenvolvimento da criança, e a compreensão acerca das funções exercidas pelos pais em um contexto de guarda compartilhada.

No que tange aos efeitos registrais, além de haver a possibilidade de reconhecer judicialmente a paternidade, emerge também a possibilidade do vínculo de parentalidade decorrente da socioafetividade constar no registro de nascimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da criança extrajudicialmente, ou seja, sem a prévia intervenção do Poder Judiciário. Assim, Póvoa (2012, p.88) cita como principais efeitos práticos da multiparentalidade no registro de nascimento, tem-se: a possibilidade de todos os pais, seus nome e prenomes, bem como de todos os avós no registro de nascimento da criança; a possibilidade de alteração do nome da criança constante antes do reconhecimento, para fazer constar, como verdadeiro instrumento preservador da dignidade da pessoa humana, e da identidade como decorrente dos direitos de personalidade, a inclusão do sobrenome de todos os seus pais.

CONCLUSÃO

O objeto estudado nesta pesquisa e que permeou o tema "afeto: uma análise dos aspectos da socioafetividade e multiparentalidade", não se esgotou com o estudo apresentado, no entanto a pesquisa realizada tornou possível aprofundar conhecimentos sobre os temas aqui desenvolvidos, especialmente sobre o valor jurídico do afeto com o surgimento da multiparentalidade.

Pode-se perceber que a multiparentalidade guarda relação estreita e reveladora da compreensão da família em um conceito funcional, em que os pais passam a ser reconhecidos através do trato diário, do afeto, das responsabilidades assumidas, e da continuidade de um vínculo de extrema força, e que por tal merece a mesma proteção e formalização daquele de natureza biológica.

Tanto os "pais de coração", como aqueles biológicos que, malgrado não detinham anteriormente, por diversos motivos, a consciência e maturidade necessárias para o exercício da função paterna, e posteriormente demonstram tal aptidão, devem, em respeito ao interesse prevalente, da criança, ter a possibilidade de exercerem, em todas as suas potencialidades, a parentalidade.

Ainda é de se destacar que a multiparentalidade revela a existência de vínculos simultâneos entre os pais e filhos, de natureza diversa, mas igualmente importantes, sem prevalência entre eles. Trata-se dos vínculos biológico e socioafetivo.

Com efeito, e apesar de não haver legislação expressa para o reconhecimento da multiparentalidade, a doutrina, e de modo prático, a jurisprudência, passam a compreender melhor e reconhecer a existência de tais vínculos e os efeitos dele decorrentes, com a naturalidade que merecem, pois é assim que é vista tal relação no contexto vivido pelas famílias atuais. É a felicidade buscada que toma relevo, ultrapassando antigas imposições, no seio de uma sociedade em que as mudanças e as relações sociais se constroem das mais variadas formas, todas abarcadas pela licitude, e pela preservação dos valores constitucionais. É de se destacar, nesse sentido, o advento de decisões dos Tribunais Superiores (como a proferida pelo STF

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em sede de Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida, firmando-se tese que tem servido de parâmetro para futuros casos semelhantes, dentro da sistemática trazida pelo CPC/2015, compreendendo a existência simultânea e independente dos vínculos biológico e socioafetivo, e os efeitos deles decorrentes).

Do exposto concluiu-se que a decisão proferida pelo STF na Repercussão Geral nº 622 abriu caminhos para que novas relações parentais sejam reconhecidas fundamentadas no afeto, consubstanciando-se em uma via não excludente, que permite as diversas formas de família decorrentes do convívio humano.

O estudo aqui apresentado não esgota o assunto. Cada vez mais chegam ao judiciário configurações de família diversas, requerendo dos profissionais da área profundo conhecimento da matéria, sensibilidade e bom senso a fim de que seja possível continuar produzindo decisões que assegurem a dignidade da pessoa humana, acompanhando ao mesmo tempo as demandas da sociedade cada vez mais surpreendentes e específicas.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE, João Ricardo Brandão. Reflexos sobre a Multiparentalidade e a Repercussão Geral 622 do STF. **Famílias e Sucessões**: polêmicas, tendências e inovações. Belo Horizonte: IBDfAM, 2018. p 541-578.

AMORIM, Ana Mônica Anselmo. **Manual de Direito das Famílias**. 2. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

CALDERON, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família.** 2 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito de Família**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva**: efeitos jurídicos. [livro eletrônico] 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 52, de 14 de março de 2016.** 2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/6bd953c10912313a24633f1a1e6535e1.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil:** Direito de Família. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: famílias. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

FIGUEIREDO, Luciano, FIGUEIREDO, Roberto. **Direito civil:** famílias e sucessões. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. (Coleção Sinopses para Concursos, 14).

LÔBO, Paulo. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, ano V, n. 19, ago.-set. 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Busca Legis**, 2018. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/ sites/default/files/anexos/9408-9407-1-PB.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PÓVOAS, Maurício Cavallazi. **Multiparentalidade***:* a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**.** Editora Conceito, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **STF, Repercussão Geral 622**: a multiparentalidade e seus efeitos. 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/stf-repercussao-geral-622-a-multiparentalidade-e-seus-efeitos/16982. Acesso em: 12 set. 2020.

SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral**: Vitória ou derrota do afeto? 2016. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-e-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrota-do-afeto/17172. Acesso em: 12 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito de Família. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VARGAS, Hilda Ledoux. **Parentalidade nas Famílias Neoconfiguradas**. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

NOTAS:

[1] CF, art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à

alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

[2] CC, art. 1.593 - O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

[3] Recurso Especial nº 370.067 - RS - 2001/0135225-4, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Julgado em 09 de agosto de 2005

[4] Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito civil e constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional. Sobre princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. Reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade. Princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS JURÍDICOS DA NEGATIVA DA LEGÍTIMA DEFESA

GENILSON FELIPE: Bacharel em Odontologia, Odontólogo no Consultório Odontológico, Especialista em Pericia Criminal em Segurança Pública.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O tema deste artigo é a caracterização da defesa judicial, pois, se for preciso defender-se e a terceiros que sofreram agressões injustas, a sociedade se sentirá insegura a cada dia, o que pode ser comprovado pelos dados cada vez maiores de crimes. De acordo com as disposições legais prescritas. Tem como objetivo explicar e definir a defesa legal como meio de excluir a ilegalidade e explicar detalhadamente como descrever as características da defesa jurídica com base no direito penal e na jurisprudência para esclarecer as consequências da defesa jurídica. Como motivo para excluir atos ilegais atípicos. O método aplicado é a compilação, para isso utilizaremos a pesquisa bibliográfica (livros, artigos ...) e a pesquisa bibliográfica (direito, jurisprudência ...).

Palavras-chaves: Legitima Defesa. Agressão Injusta. Negativa.

ABSTRACT: The theme of this article is the characterization of judicial defense, because, if it is necessary to defend oneself and third parties who have suffered unjust aggression, a society will feel insecure every day, which can be proven by the increasing data of crimes. According to the prescribed legal provisions. It aims to explain and define legal defense as a means of excluding illegality and explain in detail how to describe the characteristics of legal defense based on criminal law and jurisprudence to clarify the consequences of legal defense. As a reason to exclude atypical illegal acts. The technical method is compilation, for that we will use bibliographic research (books, articles ...) and bibliographic research (law, jurisprudence ...).

Keywords: Self Defense. Unfair Aggression. Negative.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2.1. Do crime; 2.1.1 Tipicidade; 2.1.2 Antijuricidade; 2.2. Estado de necessidade; 2.2.1. Estrito cumprimento do dever legal; 2.2.2. Exercício regular do direito. 3. DA LEGÍTIMA DEFESA; 3.1. Contexto histórico da legítima defesa; 3.2. Requisitos para a Legítima Defesa. 4. PRINCIPAIS ESPÉCIES DE LEGITIMA DEFESA; 4.1 Legítima Defesa Putativa; 4.2. Legítima Defesa Sucessiva; 4.3. Legítima Defesa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Real. 5. ASPECTOS JURÍDICOS DA NEGATIVA DA LEGÍTIMA DEFESA – O EXCESSO NA LEGITIMA DEFESA; 5.1. Da legitima defesa em excesso dolosa; 5.2. Da legitima defesa em excesso culposa; 5.3. Do excesso da legitima defesa por caso fortuito. 6. DA LEGÍTIMA DEFESA E A DESCRIMINANTE PUTATIVA. 7. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal conta com órgão de defesa na parte geral do artigo 25, Código Penal Brasileiro. Na defesa legal que se considera o motivo da rejeição de um comportamento ilegal, existem situações de destaque, que uma vez excluído o comportamento ilegal, ele não existirá. Existe um crime. Na sua definição jurídica estão expressos os elementos que representam as características do instituto. Sem esses elementos, a defesa judicial será afetada. Por exemplo, se houver muitas defesas judiciais, uma vez que o agente supere as condições necessárias, causará danos O dano é responsável por interromper a agressão injusta.

É necessário realizar um estudo detalhado da complexa organização de defesa jurídica, pois visa proteger os direitos inerentes a todas as pessoas, pois o estado parte do pressuposto de que a reunião não é efetivamente assistida em nenhum momento, por isso é sua característica essencial legalizar a defesa com base no pressuposto. Porque, de fato, não há defesa judicial sem antes haver agressão injusta ou defesa iminente conforme estipula o artigo 25, Código Penal.

Para tornar o instituto mais claro, embora o instituto seja pacífico entre as doutrinas do direito penal, ainda há muitos matizes, portanto, com vistas a excluir a ilegalidade, pretende-se compreender o conceito jurídico de defesa jurídica e suas consequências. Demonstrar as características da defesa jurídica e quando foi prejudicada por defesa excessiva, e esclarecer as consequências de suas características.

2. DA ILICITUDE

Para avaliar a exclusão da ilegalidade, especialmente a defesa legal, o primeiro a investigar é a tipicidade do comportamento, incluindo a adequação do comportamento ao tipo de crime. Se o comportamento se adequar ao tipo de crime descrito, temos um fato típico. Somente depois de determinada a tipicidade é que a legitimidade pode ser determinada, portanto, se um ato for considerado atípico, nunca será ilegal. Se o comportamento for ilegal, além de um comportamento típico, deve constituir um crime.

O comportamento ilegal é uma contradição entre o comportamento do agente e o sistema jurídico. Deve-se ressaltar que o comportamento ilegal é mais

extenso do que o comportamento típico, pois foi comprovado que o comportamento corresponde ao tipo de crime típico. Mesmo o comportamento típico deve ser descoberto. O comportamento não será autorizado por outras normas do sistema jurídico. A especificação de autorização é chamada de exclusão de atos ilegais.

Parte dessa doutrina acredita que, assim como o tipo de crime que descreve um crime, deve-se respeitar a legalidade estrita, e a exclusividade ilegal deve seguir o mesmo princípio. Embora haja outra parte que defenda a existência das razões jurídicas acima mencionadas, tem a faculdade de afastar a ilegalidade da conduta.

2.1 Do crime

O conceito de crime é o início da compreensão das principais instituições do direito penal. Embora possa parecer simples, sua definição completa e detalhada levanta questões complexas com diferentes consequências.

De acordo com GALIAZZI (2019, p. 11) "em relação ao padrão substantivo, crime se refere a qualquer ato ou omissão humana que danifique ou exponha o risco do bem protegido por lei. Esta norma leva em consideração a relevância do dano causado. Portanto, um crime só é legalizado quando o comportamento proibido é legal e criminal relacionado com causar danos ou ameaça de dano".

2.1.1 Tipicidade

A tipicidade refere-se a se o comportamento do agressor possui características compatíveis com as normas penais descritas na legislação penal. Esse é o elemento de um fato típico, ou seja, se não houver tipicidade, o fato será considerado um fato atípico, portanto não há crime.

As modalidades de tipo são: Tipo derivado: aquele que deriva do tipo principal ou fundamental. São as chamadas qualificadoras, causas de aumento de pena. Tipo permissivo: aquele que permite a prática de um ato tipificado. São as excludentes de ilicitude (GALIAZZI, 2019, p. 11).

2.1.2 Antijuricidade

Sistema antijuridicidade é a relação antagônica entre fato e sistema legal. Os fatos são típicos (previstos na lei) e não suficientes para constituir crime. Deve também violar a lei, ou seja, violar o direito penal e violar os bens legais protegidos pelo sistema jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo GALIAZZI (2019, p. 11) preleciona que "são quatro as causas legais de excludentes de ilicitude, quais sejam: a) legítima defesa; b) estado de necessidade; c) estrito cumprimento do dever legal e d) o exercício regular de direito".

2.2. Estado de necessidade

Dispõe o art. 24: "considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se". O estado necessário pressupõe o conflito entre o legítimo proprietário e o legítimo interesse, um dos quais pode legalmente se manifestar para que o outro sobreviva.

São requisitos do estado de necessidade perante a lei penal brasileira: a) a ameaça a direito próprio ou alheio; b) a existência de um perigo atual e inevitável; c) a inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado; d) uma situação não provocada voluntariamente pelo agente; e e) o conhecimento da situação de fato justificante (GALIAZZI, 2019, p. 11).

2.2.1. Estrito cumprimento do dever legal

De acordo GALIAZZI (2019, p. 11) preleciona que "o estrito cumprimento do dever legal, apontado no Código Penal em seu artigo 23, inciso III, corresponde e compreende toda e qualquer obrigação direta ou indiretamente derivada de lei".

Segundo Capez (2017, p. 85) conceituou "estrito cumprimento das obrigações legais" teoricamente da seguinte forma: "A razão da exclusão da ilegalidade reside no cumprimento das obrigações impostas pela lei e na realização de fatos típicos no exato âmbito da obrigação". Ou seja, a lei não pode punir quem cumpre suas obrigações.

2.2.2. Exercício regular do direito

O exercício regular dos direitos decorre do princípio constitucional da legalidade estipulado no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: "ninguém é obrigado a fazer ou não fazer senão o previsto em lei". Portanto, enquanto a legislação vigente não for violada, os cidadãos podem exercer seus direitos subjetivos.

Em conformidade com Nucci (2019, p. 90) "é o desempenho de atividade permitida por lei penal ou extrapenal, passível de ferir bem ou interesse jurídico de terceiro, mas que afasta a ilicitude do fato típico produzido".

3. DA LEGÍTIMA DEFESA

A defesa jurídica está relacionada à natureza do ser humano e se manifesta como defesa, ou seja, o uso da força para resistir ao ataque imediatamente após a violação da integridade dos direitos protegidos pela vítima (SIQUEIRA, 1947 apud, ALMADA, 1975).

De acordo com Almada (1975, p.34) "porém, na história do direito penal, além dos romanos, entre os povos antigos, não encontramos referências a instituições de defesa legal. " Isso nos permite apresentá-las aos pioneiros dessa instituição da inovação. Segundo Lenza (2013, p. 395) preleciona que "a defesa legal é uma das instituições de direito penal mais complexas e avançadas. Sua estrutura teórica está relacionada ao instinto de sobrevivência do sujeito ativo e, portanto, ao crime de homicídio".

Desta forma, este capítulo tem como objetivo analisar e compreender as instituições de legítima defesa, sua base histórica, filosófica e jurídica, e a delimitação penal da legítima defesa com base na teoria clássica do direito penal, e discutir suas teorias e pontos de vista.

3.1. Contexto histórico da legítima defesa

Com relação ao órgão de defesa legal no direito romano, quando o primeiro documento do direito romano foi promulgado, o órgão de defesa legal já estava totalmente desenvolvido, mas os romanos não formularam teorias claramente sobre a agência, mas admitiram que as forças de autodefesa da composição dos juristas enfatizaram cuidadosamente e sistematicamente os elementos psicológicos do instituto da legítima defesa (FIORETTI, 1925, apud, ALMADA 1975).

Segundo os autores Manzini (1949, apud, ALMADA, 1975) no que tange a legitima defesa é imprescindível aceitar que para a proteção da vida e da propriedade, como proteger a humildade de membros individuais, e relacionada à propriedade somente quando a propriedade representa um risco para a pessoa. Depende também da defesa dos familiares. Em relação aos requisitos, a análise atual da agressão é considerada injusta, não há outro método viável de resistir à agressão, é a primeira escolha para voar, e tem resistido moderadamente à agressão em qualquer circunstância.

A legitima defesa no direito alemão difere do conceito atual de defesa justificada, pois parte-se do pressuposto de que, nesta sociedade, a retaliação imediata após um crime não é um comportamento punível, sendo inicialmente considerada uma reparação adequada para os danos. É o Código Hamurabi baseado na Lei Talion que é aplicado de acordo com a penalidade esperada (ALMADA, 1975).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste aspecto da lei, a defesa legal é baseada na consideração de necessidades defensáveis. Dessa forma de pensar, extrai-se a maior necessidade: *facit licitum quod non est licitum lege* é a necessidade de legalizar o que é legal. Enquanto colônia de Portugal, ao Brasil era imposto seguir codificações portuguesas, tais quais as Ordenações Filipinas, que em seu texto já dispunha a regulamentação a respeito da legitima defesa, esclarecida em seu Livro Quinto no título XXXV e XXXVIII. O título XXXV descrevia a possibilidade de excluir-se a ilicitude, nos casos de homicídio em que: "Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra *por ello morte natural*. Porém se a morte for em sua necessária defensão, não haverá pena alguma, salva se nella excede a temperança, que deverá, o poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso (ALMEIDA, 2004, apud, MANGO, 2018).

Enquanto, quando o estado age, a ideia de defesa legal nasce no caminho legal a falsificação punitiva de criminosos, sejam públicos ou privados, comece a evolução do direito à punição. Alguém explicou que se a defesa é uma resposta à agressão, uma pessoa pode ficar satisfeita os direitos punitivos da parte oposta, então o agressor sobrevivente ser punido ainda mais porque a defesa terá retribuição suficiente oponha-se ao agressor.

Segundo Hegel, a defesa legal é uma forma de eliminar a injustiça. Ele o descreveu da seguinte maneira: "a agressão é a negação de direitos, e a reação é a negação da negação e, portanto, a afirmação de direitos" (GARCIA, 1952, Apud ALMATA, 1975).

De acordo com o artigo 25 do Código Penal Brasileiro visa estabelecer os limites criminais da defesa legal em nosso sistema jurídico atual. O Caput estabelece: "Compreensível em legítima defesa, repeliu a agressão injusta atual ou iminente com direito próprio ou alheio com os meios apropriados necessários.

Segundo o autor Rogerio Grego (2011, p. 332) "o estado por através das forças de segurança pública, e depois representantes, se mostra impossibilitado de estar em todos os lugares ao mesmo tempo, razão para que permita em situações que se enquadrem aos requisitos previstos pela lei penal, que se defendam". Portanto, devido às restrições e regras relativas aos órgãos de defesa legal previstas no direito penal, a defesa legal não se confunde com retaliação privada.

Prelecionando Capez (2015, p. 300) a legitima defesa como: "causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários". Desta forma, cumpre o disposto na lei, prevê que esta forma de defesa é lícita, não sendo punida se não causar prejuízos excessivos, e apenas utilizar os meios necessários.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No que tange a agressão deverá esta ser injustificada para que seja acolhido legalmente como legitima defesa, uma vez que faz parte dos requisitos exigidos pela lei penal, trazendo várias ponderações relevantes o seu estudo. De acordo com Maggiore (1972, p.65) que a "injustiça vista como exigência para a aplicação do instituto em estudo deve ser encarada objetivamente, devidamente em decorrência de um princípio, que dita que sobre a objetividade da injustiça".

A agressão grave é analisada como uma possibilidade de perigo, por exemplo, vingar-se de alguém que estão atirando em você ou repelir alguém que tenta invadir sua casa está em conformidade com os regulamentos de um órgão de defesa legal (ALMADA, 1975).

3.2. Requisitos para a Legítima Defesa

Para determinar a situação de legítima defesa, certos pressupostos devem ser verificados para que o uso do direito de legítima defesa possa ser garantido e ações defensivas possam ser tomadas. Esses elementos podem ser chamados de duas maneiras, a saber, elementos objetivos ou elementos subjetivos.

Um dos elementos objetivos da autodefesa é a "agressão injusta atual ou iminente". Todas as ações agressivas têm por objetivo produzir resultados prejudiciais aos bens jurídicos, independentemente da violência. Negligência não é agressão, pois sua composição carece de causalidade e vontade de execução. O ato de agressão deve ser consciente e voluntário, e o objetivo claro é prejudicar os interesses jurídicos. Se for devido à atividade física interna (se nenhuma ação for realizada) ou ao ser atacado por um animal, é necessário evocar o estado desejado.

Portanto, as ações anunciadas devem ser atuais ou iminentes (de ocorrência imediata) e injustas (ilegais, anti-legais, sem a proteção da ordem jurídica). A existência de legítima defesa não é causada por legítima defesa ou quaisquer outros motivos ilegais. Tendo em vista a agressão atual, ilegal e deliberada, não há base legal para limitar os limites da autonomia pessoal, mas isso não significa permitir uma resposta defensiva desproporcional a ataques menores. A autodefesa deve limitar-se à proteção de bens legítimos, de modo a evitar danos desnecessários. Em caso de provocação, a defesa judicial só pode ser evitada em caso de agressão premeditada, intencional ou genuína.

Outro elemento objetivo é garantir "a propriedade ou os direitos de outrem", que é todo bem jurídico (integridade pessoal, saúde, herança, honra) cujo dono seja ele próprio ou terceiro. Por fim, o "uso adequado dos meios necessários" e os elementos de defesa legal devem ser necessários e moderados, ou seja, a exclusão é indispensável, mas não além dos limites necessários para se livrar da agressão ilegal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(certa proporcionalidade entre as agressões) e Ações defensivas não permitem reações ilegais causadas por ações excessivas, de forma que a autodefesa contínua é possível, com o agressor original se defendendo).

Por sua vez, os elementos subjetivos são o elemento cognitivo e o elemento vontade, que são o conhecimento da agressão e a disposição para se defender, respectivamente. Enfatize o "defensor do verbo" do agente e o estado mental em que ele se encontra, e enfatize que, neste caso, existe a única causa do mal que simplesmente existe.

De acordo com GALIAZZI (2019, p. 24) os requisitos vêm a ser o que é necessário para que ocorra a legítima defesa, são eles:

> "I- Injusta agressão; II- Agressão atual ou Iminente; III- Defesa de direitos próprios ou de terceiros; IV- Utilização moderada dos meios necessários; V- Elemento Subjetivo."

Segundo Greco (2013, p.347) mencionou: "Havendo propriedade do terceiro agredido, o agente só pode intervir para se defender com a autorização do proprietário. Caso contrário, a sua intervenção será considerada ilegal. "O autor usa esta frase para dizer que só é possível defender os outros quando se trata de bens jurídicos inutilizáveis (vida, segurança pessoal, direitos de personalidade, etc.); em bens Quando estiver disponível, deve-se obter o consentimento de seu titular, não se estiver, sua intervenção se tornar ilegal.

Desta forma, segundo Masson preleciona que:

> "É possível usar a exclusividade para proteger bens pertencentes a pessoas jurídicas (incluindo países) porque eles trabalham por meio de seus representantes e não podem se defender. Pegue uma pessoa como exemplo. Ele vê uma empresa roubada, briga com ladrões e conserta e fique até a polícia chegar (MASSON, 2012, p. 403).

De acordo com Galiazzi (2019, p. 24) ""Uso adequado dos meios necessários e os meios necessários são os meios à disposição dos atores para resistir às agressões injustas, atuais ou iminentes. Em vista do uso moderado, será baseado no uso proporcional dos meios necessários".

Nesse sentido, afirma Prado (2008, p.353): "O agente deve ser portador do elemento subjetivo, consistente na ciência da agressão e no ânimo ou vontade (animus defendi) de atuar em defesa de direito seu ou de outrem".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4. PRINCIPAIS ESPÉCIES DE LEGITIMA DEFESA

4.1 Legítima Defesa Putativa

A defesa legal hipotética é uma defesa hipotética de uma pessoa contra outra pessoa, e quando ela executa uma defesa contra outra pessoa, ela finalmente pensa que executou sua defesa legal, mas na verdade ele acabou usando seu poder excessivo e assassinato. Ao contrário da autodefesa real e hipotética, não existe no mundo concreto, ela existe apenas na mente do indivíduo. O agente acredita que existe uma agressão atual ou iminente (geralmente iminente) em seus direitos ou de outra pessoa, mas ela não existe de fato.

De acordo com Greco (2013, p.337) sobre o assunto, afirmou: "falamos em autodefesa presumida sob agressão hipotética, ou seja, só existe na mente do agente. Só o agente acredita erroneamente que foi ou será espancado injustamente". O Código Penal dispõe expressamente em seu §1º do art. 20 que diz:

> § 1º. "É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há inserção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo" (BRASIL, 2020).

4.2. Legítima Defesa Sucessiva

Esta defesa ocorre quando o agressor assume uma atitude ilegal para com a vítima, e a vítima responde com ações fora do âmbito da defesa legal, o que acaba por levar a danos ao primeiro agressor e, por fim, a uma redução da vitimização Comportamento. O efeito da ação. Isso ocorre quando o agressor justifica a hipodefesa do agredido, ou seja, quando a pessoa que se tornou vítima passa a ser o agressor e quem se torna agressor passa a ser a vítima.

De acordo com Masson disse um conceito muito convincente:

> "É uma espécie de autodefesa, em que alguém reage ao excesso de autodefesa. Exemplo:" A "fala mal para o" B ", cala a boca, ele tem que dar um soco nele. Depois, em" A " "No caso do silêncio," B "continuou a atacá-lo fisicamente, permitindo ao primeiro usar a força física para se defender. Essa autodefesa é possível porque o excessivo sempre representa uma agressão injusta" (MASSON, 2012, p. 408-409).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.3. Legítima Defesa Real

Como o nome sugere, a verdadeira autodefesa existe na realidade. Isso é verdade, pois atende a todos os requisitos já mencionados.

Em conformidade com Greco (2013, p.337) preleciona da seguinte forma: "Diz-se autêntica ou real a legítima defesa quando a situação de agressão injusta está efetivamente ocorrendo no mundo concreto. Existe, realmente, uma agressão injusta que pode ser repelida pela vítima, atendendo aos limites legais."

A título de exemplo, de acordo Galiazzi (2019, p. 24) explica que tenho uma arma na mão e, ao prometer atirar, peço a Ticio que não o impeça de tirar a pasta cheia de dinheiro. Sem perder tempo, Tício atirou em Zio com a própria arma, e este morreu logo após ser ferido. Não há dúvida de que está bem descrita a situação jurídica e real da defesa a favor do Ticio, que tomará medidas para evitar o furto, a fim de defender os seus bens (contra a subtração prevista) e ao mesmo tempo defender a liberdade pessoal. (Em resposta a ameaças e restrições morais).

Agora que entendemos o que é a legitima defesa, e também como se deu sua origem através do seu contexto histórico, analisamos quais são os requisitos da legitima defesa, e quais são as espécies de legitima defesa no ordenamento jurídico brasileiro, precisamos analisar os aspectos jurídicos da negativa da legitima defesa por muitas das vezes se excederem, ou não atingirem um dos requisitos, o que será proposto no tópico a seguir.

5. ASPECTOS JURÍDICOS DA NEGATIVA DA LEGÍTIMA DEFESA – O EXCESSO NA LEGITIMA DEFESA

Depois de orientar corretamente o conceito de defesa legal antecipadamente, passamos a analisar o uso excessivo da legitima defesa com base no parágrafo único do artigo 23 do Código Penal Brasileiro.

Para exemplificar o excesso da legitima defesa, é quando há um conflito entre duas pessoas, a primeira parte decide realizar um ataque pessoal à vítima, e a resposta da vítima excede o alcance do agressor, resultando na morte do agressor. A primeira vítima não será mais um crime legítima defesa. O meio de defesa contra o ataque do agressor foge ao âmbito desta situação, pois o primeiro agressor dá um soco na vítima, e este acaba por perfurar o agressor com uma faca, levando à morte.

Portanto, a legítima defesa ocorre quando há o uso moderado de força entre ambas as partes, e assim a pena pelo crime de legítima defesa é muito menor do que um crime de homicídio, até por que, na legítima defesa a vida da pessoa estava em

risco, e assim teve que utilizar de um meio vital para defender a sua vida (GALIAZZI, 2019, p. 24).

Sendo assim, em conformidade com os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli com base no artigo 23 do Código Penal Brasileiro em relação a falta de requisitos exigentes da ilicitude, e a sua relação com a caracterização do excesso na defesa:

> "Excesso não é o mesmo que a falta de qualquer dos requisitos das exigentes do art. 23 do CP. Consequentemente, excesso significa passar dos limites de uma dessas causas exigentes, mas, para passar dos limites, será sempre necessário se ter estado, em algum momento dentro deles" (2006, p. 502).

Um dos requisitos para a configuração da defesa judicial não existe ou não foi comprovado. Neste caso, a situação real é a falta de características de defesa jurídica. Por outro lado, são demasiadas situações. Neste caso, o agente está a tomar medidas judiciais. Comportamento defensivo, mas "cruzar a fronteira" está além dos meios necessários e suficientes para prevenir agressões injustas. A partir de agora vai agir ilegalmente, pois não tem mais o seu direito de se defender e entra no redundante. Responsável por danos causados por excesso.

De acordo com Domingos (2019, p. 22) dispõe que "o excesso da legitima defesa está ligado diretamente ao uso dos meios necessários e à moderação, pois ambos deixam claro que há limites para o direito de legitima defesa", ainda sobre o tema Jesus (2015, p.434) diz "o requisito da moderação na reação necessária é muito importante porque delimita o campo em que pode ser exercida a excludente, sem que se possa falar em excesso".

Reiterar que o agente toma os meios necessários e toma as medidas cabíveis para resistir às agressões injustas, não devendo utilizar meios além de sua capacidade para proteger a propriedade de sua pessoa jurídica ou de terceiros, por não ter considerado esses parâmetros, o que o tornará legal Defender perde o caráter e se encontra em excesso (JESUS, 2015).

Se a vítima ultrapassar a sua própria vontade, opta-se pelo meio mais prejudicial para o agressor, em vez do meio menos ativo de fato, para que a defesa possa ser realizada de forma eficaz, e a lógica é desproporcional, de modo que se presume que o agente é um fato intencional. Porém, se o excesso do modo de agir se deve a um cálculo incorreto da reação ou à apresentação incorreta do perigo, o excesso será atribuído aos fatos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Código Penal estipula diversos dispositivos e formas de atenuação de pena para cada excesso existente. Sobre o excesso culposo, o artigo 30 estabelece: "O agente que em qualquer dos casos de exclusão do crime excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa". Sobre o excesso escusável, artigo 30, §1º: "Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação". Ainda o código estabelece outras formas de atenuação, do excesso doloso: artigo 30, §2º: "Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena" (GALIAZZI, 2019, p. 24).

O resultado do comportamento também pode ser mostrado sob quatro perspectivas, a saber: plena defesa legal (seus requisitos foram confirmados e excluídos do crime por falta de legitimidade); reações deliberadas (os fatos são punitivos, mas a ofensiva é considerada Injustiça e grandes riscos, o juiz pode mitigar punições); excessivo perdoável (ação tomada por motivos subjetivos relacionados que afetam fortemente a vontade-medo); reação excessiva (consequências previsíveis, porque as consequências são previsíveis, Portanto, é uma punição por culpa) (GALIAZZI, 2019, p. 24).

Os tribunais brasileiros usam de negligência (além dos meios originalmente utilizados pelo sujeito, agindo excessivamente, levando ao excessivo), e por meios desnecessários (devido ao conceito de ajuizamento de ação, utilizam-se meios desnecessários, excluindo legítima defesa, porque este é não faz sentido).

O excesso involuntário devido ao erro de tipo escusável, o agente não responderia por dolo ou culpa. Porém no caso de excesso involuntário sobre o erro de tipo inescusável, o agente pode a vir responder por tentativa de homicídio culposo ou até mesmo homicídio culposo, caso o agressor no processo da legítima defesa morra. Há também a culpa imprópria, a qual na verdade se trata de um crime doloso, onde se aplica a pena do delito culposo. Assim, se tem o excesso intensivo (excesso nos meios, na ação ou reação), ou seja, a ação não moderada decorrente de uma ação inicialmente justificada. Dessa forma, o excesso extensivo não respeita os elementos constitutivos da caracterização da legítima defesa, configurando-se em crime doloso ou culposo (GALIAZZI, 2019, p. 30).

5.1. Da legitima defesa em excesso dolosa

De acordo com Galiazzi (2019, p. 32) preleciona que "nos textos normativos de diferentes países, existem diferenças óbvias na estrutura normativa do excesso deliberado. Por exemplo, na França, devido a crimes excessivos cometidos, a violência voluntária cometida deliberadamente em estado de defesa legal (um crime cometido deliberada e deliberadamente) não deve ser caracterizada como violência

involuntária (em punição). Atos que são condenados)". No entanto, no "Código Italiano", não existe nenhuma lei que estipule expressamente que o excesso intencional de despesas se limite ao artigo 55, que apenas estipula o excesso a ser adicionado.

Portanto, existem várias teorias e reflexões sobre o excesso deliberado, incluindo alguns autores no país e no exterior, um deles é Marcelo Fortes Barbosa, que toma as pessoas normais como ponto de partida para a ocorrência do excesso; já o autor Jiménez Asúa, que diz que "a legítima defesa perfeita é aquela que exista proporcionalidade entre a repulsa e o perigo causado pelo atarde, sendo cada situação única, segundo o critério do homem razoável que se vê agredido" (GALIAZZI, 2019, p. 32).

O Supremo Tribunal Federal vai de acordo em adotar a teoria das circunstâncias individuais e das circunstâncias especiais de casos específicos por meio de recursos especiais, como dados básicos de avaliação por ultrapassar os razoáveis requisitos de defesa. Esta posição coincide com Basileu Garcia, que determina o real excesso de peso ou a proporcionalidade do defensor com base nas circunstâncias pessoais e especiais do agente (GALIAZZI, 2019, p. 32).

Portanto, devemos entender o comportamento deliberado a partir de sua ideia original, ou seja, do comportamento defensivo excessivo original. Desta forma, as lesões graves necessárias à legítima defesa estão excluídas da anti-lei, porque é necessário dissuadir o agressor.

5.2. Da legitima defesa em excesso culposa

O parágrafo único do artigo 23 da Lei nº 7209 estipula que a pena incidirá sobre a indenização em excesso, e que a pena será aplicada para resolver outras questões que não a defesa judicial, bem como as condições exigidas, responsabilidades legais estritas e o exercício de direitos rotineiros de tempo. A Lei Penal de 1940 também estipula: "O agente que estiver gravemente fora do âmbito da defesa legal responderá por esse fato e, se for punível, será considerado culpado". (GALIAZZI, 2019, p. 32).

Portanto, para a maioria dos juristas e decisões precedentes, as circunstâncias objetivas e subjetivas de um caso particular devem ser avaliadas a fim de declarar o culpado. Sendo assim, vários autores têm seus próprios métodos de avaliação para determinar o culpado.

5.3. Do excesso da legitima defesa por caso fortuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O conceito de oportunidade é definido como eventos imprevisíveis e inevitáveis. Battaglini (2019, p. 35) "incluiu os casos acidentais como o único motivo". Portanto, esta seria uma situação totalmente excepcional.

Segundo Bettiol (1958, p. 35) em circunstâncias ocasionais, "o agente não pode considerar esses eventos inesperados e anormais, pois estão completamente além da faixa normal de previsão ou controle, e o agente não pode ser atribuído ou responsabilizado pelo excesso". De acordo com, o Supremo Tribunal Federal, declara que:

> "Reconhecendo o excesso de defesa como não culposo e não tendo sido questionado o júri sobre o dolo de tal excesso, fica-se na dúvida quanto ao fato de ter sido a imoderação dolosa ou meramente casual e, como na dúvida prevalece a liberdade, deve ser reconhecido que esse excesso tenha sido resultante de "caso fortuito" ou isento de qualquer culpabilidade, absolvendo-se o acusado."

No caso de excesso da legitima defesa, os casos fortuitos podem se manifestar sem necessidade de cognição e vontade, ou seja, vontade e consciência do agredido, e por isso não se pode descartar a legitimidade dessa legítima defesa.

6. DA LEGÍTIMA DEFESA E A DESCRIMINANTE PUTATIVA

O fator distintivo assumido está relacionado com a exclusão dos motivos ilegais, exceção esta que ocorre quando o agente provoca um erro devido a factos específicos, de facto, neste caso, o agente deve provar cabalmente o erro com base nesse facto. A conduta hipotética do agente e o artigo 23 do Código Penal Brasileiro estipulam um dos motivos para a exclusão da ilegalidade em suas cláusulas: situação de demanda; defesa justificável (objeto deste tópico); estrito cumprimento das obrigações legais; Não encontrado em nenhuma hipótese (JESUS, 2015).

No que tange ao artigo 25 do Código Penal, o Projeto de Lei Anticrime oferta que seja adicionado o parágrafo único nos seguintes termos:

> Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:
>
> I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 2019).

Na redação atual do artigo 25 do Código Penal dispõe que:

> Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Portanto, segundo o autor Jesus (2015, p. 355) disse em sua teoria dos presumíveis discriminadores: Eles vêm da combinação da primeira parte do artigo 20, parágrafo 1, e obra de arte. vinte e três'. Ele nos esclarece sobre este aspecto distinto que se aplica aos órgãos de defesa legal e à defesa criminal apropriada.

No caminho da análise do descriminantes putativas, existe a possibilidade de que, quando ocorrer esse tipo de fato jurídico, o sujeito entenda erroneamente que receberá defesa judicial com base nos fatos. Em conformidade com o artigo 20, § 1º, do Código Penal, dispõe em seu texto o seguinte:

> Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).
>
> § 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

As descriminantes putativas derivadas de erros de tipo, é necessário provar que o erro é razoável através do ambiente factual em que o agente está localizado, nestes casos, deve-se verificar se o erro é capaz ou invencível. Na legítima defesa putativa o erro pode afetar a situação de fato ou sobre a injustiça da agressão, quando recai sobre os pressupostos de fato, trata-se de erro de tipo.

Esclareça-nos a configuração da defesa jurídica presumida, descreva sua hipótese de formação e comprove a necessidade de ação e o erro do agente com base na situação real.

7. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ele tira a conclusão da pesquisa temática atual que, embora a defesa legal exista em nosso contexto jurídico e social, ela se originou nos tempos antigos e pode ser rastreada até pessoas sendo atacadas por ações de outras pessoas, sendo injustas e sendo capazes de se suicidar. E a sensação de autoproteção. Ou coloque em risco sua integridade física.

Pode-se apontar que, quando esse tipo de instituição é legalizado, assume a forma de preservar uma vida maior, ou seja, a vida, que é obviamente atacada por atos injustos. Sua preservação está principalmente relacionada ao princípio constitucional da dignidade humana. Além disso, seus requisitos são objetivos e devem ser analisados por juízes em cada caso específico para evitar o uso excessivo ou abuso de instituições jurídicas.

Constituindo a defesa jurídica como pressuposto do legislador ao excluir atos ilícitos, em determinadas circunstâncias, os agentes que atuam na defesa jurídica incorrem em perdas excessivas, resguardando a segurança jurídica e até mesmo a proteção de quem comete agressão injusta, pois jurídica A defesa não é absoluta, pois no parágrafo único do artigo 23 da Lei Penal, o agente responderá por negligência dolosa ou culposa em qualquer das hipóteses deste artigo.

O excedente da legítima defesa está diretamente relacionado aos meios necessários e ao uso adequado, pois ambos mostram claramente que o direito da legítima defesa é limitado, pois a exigência moderada na resposta necessária é muito importante porque limita as áreas que podem ser defendidas. Use uma linguagem exclusiva, mas não muito.

8. REFERÊNCIAS

ALMADA, Celio De Melo. **Legitima Defesa: Legislação, Doutrina, Jurisprudência, Processo.** 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1975.

BRASIL. Decreto-Lei No 2.848, **De 7 De Dezembro De 1940**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 03 out. 2020.

CAPEZ, Fernando**. Curso De Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOMINGOS, ISMAEL TAVARES. **A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DE ILICITUDE E OS SEUS ELEMENTOS DE CARACTERIZAÇÃO**, CURSO DE DIREITO – UNIEVANGÉLICA, 2019.

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

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

LENZA, Pedro. **Direito Penal Esquematizado: parte Geral.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Solza. **Manual De Direito Penal: Parte Geral, Parte Especial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ALMEIDA, Cândido Mendes. **Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal.** Tomo I. Ed. fac-similar da 14. ed., 2ª a 1ª,1603, e a 9ª, de Coimbra, 1821. Brasília: Senado Federal, 2004.

BETTIOL, Giuseppe. **Diritto Penale. Palermo**, Itália, G. Priulla Editore, 4. ed.Padova, Cedam, 1958.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado.** Parte Geral. V.1. 6ª Ed. Rev. Atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PROJETO DE LEI ANTI CRIMES MINISTRO SERGIO MORO PORTAL G1. Disponível em:<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/04/projeto-anticrime-de-sergio-moro-veja repercussao.ghtml>. Acesso em:03.Out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 38ª Ed. Revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. UNIVERSIDADE PAULISTA DE ENSINO FACULDADE DE DIREITO, BACHARELADO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO.

RODRIGO JOSÉ GALIAZZ. **LEGITIMA DEFESA: Legitima Defesa na atualidade**. Araraquara, 2019.

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

www.conteudojuridico.com.br

PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO COMO FERRAMENTA DE ESTRATÉGIA COMPETITIVA PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

CHARLES ULISSES VIEITAS VALENTE:
Bacharelando em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar a relevância do planejamento tributário nas micro e pequenas empresas. A pesquisa é de natureza bibliográfica e documental, fazendo extenso uso da doutrina, e legislação especial. Quanto aos objetivos da pesquisa, é exploratória, o qual estabelece critérios, métodos e técnicas. O planejamento tributário pode ser entendido justamente como o planejamento empresarial, que irá analisar os tributos e seus reflexos na empresa, de forma que alcance os objetivos, finalidades e expectativa, assim, a saúde financeira da empresa poderá adquirir melhores condições refletindo diretamente na área financeira, principalmente em micro e pequenas empresas, como estratégia competitiva no mercado.

Palavras-chave: Microempresa; Pequenas Empresas; Planejamento Tributário.

ABSTRACT: This article aims to analyze the relevance of tax planning in micro and small companies. The research is bibliographic and documentary in nature, making extensive use of doctrine and special legislation. As for the research objectives, it is exploratory, which establishes criteria, methods and techniques. Tax planning can be understood exactly as business planning, which will analyze the taxes and their reflexes in the company, in order to reach the objectives, purposes and expectations, thus, the financial health of the company may acquire better conditions reflecting directly in the financial area , mainly in micro and small companies, as a competitive strategy in the market.

Keywords: Micro enterprise; Small business; Tax Planning.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO. 2. REGIMES TRIBUTÁRIOS. 3. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. 4. VANTAGENS DE UM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EFICAZ. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

NTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, a carga tributária é caracterizada como elevada, dificultando o crescimento das micro e pequenas empresas para se estabelecerem no mercado.

Diante dessa situação, destaca-se a criação da Lei Complementar 123/06, considerada a "Lei Geral da Micro e Pequena Empresa", que regulamenta os artigos 146, 170 e 179 da Constituição Federal, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido dispensado a essas empresas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios.

Relacionada a esses tipos de empresa, o Planejamento Tributário surge como um instrumento valioso e ferramenta de gestão, objetivando oportunizar a redução de custos geradores pelos tributos, contribuindo, contudo, na competitividade de micro e pequenas empresas, através do fato de estar minimizando os dispêndios com tributação.

Dessa forma, a pesquisa torna-se relevante por trazer a discussão do planejamento tributário como ferramenta de competitividade para micro e pequenas empresas.

1. PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

Ao gerenciar os tributos de uma empresa de forma que reduza a tributação de forma lícita, com o objetivo de obter uma economia fiscal ou carga tributária, denomina-se planejamento tributário.

Segundo Muniz (2012, p. 4) o ato de planejar é considerado como:

> "Uma ferramenta administrativa, que possibilita perceber a realidade, avaliar os caminhos, construir um referencial futuro, estruturando o trâmite adequado e reavaliar todo o processo a que o planejamento se destina, para que possa nesse caso dar melhores resultados para a empresa".

Trata-se, portanto, de um conjunto de atuações e procedimentos operacionais na gestão tributária de uma empresa que origine a redução, anulação ou postergação do ônus tributário, contribuindo em sua rentabilidade e competitividade (OLIVEIRA, 2009, p. 189).

Neste procedimento, deve-se observar o que a legislação apresenta, tendo em vista que um mau procedimento pode ocasionar a execução de crime de sonegação fiscal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Godoi e Ferraz (2012), planejamento tributário diz respeito quando os contribuintes organizam a execução de suas atividades econômicas, com o intuito de provocar a menor incidência tributária possível, assim como, não infringir o ordenamento jurídico.

De acordo com o Art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) o conceito de tributo pode ser definido como toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constituía sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

O planejamento tributário pode ser entendido justamente como o planejamento empresarial, que irá analisar os tributos e seus reflexos na empresa, cujo objetivo é economizar nos impostos, sendo executado através de procedimentos estritamente dentro da legalidade, buscando a forma menos onerosa para à concretização dos negócios empresariais (SIQUEIRA, 2011).

O planejamento requer conhecimento da legislação e atualização constante do ordenamento jurídico, afim de que seja realizado de forma lícita, para evitar danos à organização.

No que se refere a finalidade do planejamento tributário, Fabretti (2012, p. 8) afirma que "sua finalidade é obter a maior economia fiscal possível, reduzindo a carga tributária para o valor realmente exigido por lei".

Reduzir a carga tributária de uma empresa possui um grande significado quanto ao controle e minimização de custos, principalmente ao considerar os lançamentos e expectativas da empresa no decorrer do ano.

Quanto aos objetivos do planejamento tributário, Cassone (1997) apresenta três questões, vejamos:

> a) Evitar a incidência do tributo: à análise efetiva de um produto, de seu processo de produção, suas particularidades e de sua legislação tributária pode fazer com que um produto que estava sendo tributado anteriormente, não seja sujeito a tal carga tributária, de acordo com algum benefício fiscal, erro de lançamento, ou outros motivos, já que a legislação brasileira sofre inúmeras alterações.
>
> b) Reduzir o valor total dos tributos: neste caso o procedimento é diminuir ou evitar a ocorrência do fato gerador do tributo, com diminuição da base de cálculo do mesmo, a partir da legalidade prevista para tal insumo, mercadoria ou serviço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

c) Retardar o pagamento dos tributos: quando se opta por postergar o pagamento do tributo, dentro da forma legal permitida, sem o pagamento de multa, ou seja, não se caracteriza por atraso do pagamento da obrigação.

Portanto, a organização tendo um planejamento tributário que alcance os objetivos, finalidades e expectativa, a saúde financeira da empresa poderá possuir melhores condições refletindo diretamente na área financeira, principalmente em micro e pequenas empresas.

2. REGIMES TRIBUTÁRIOS

No Brasil podemos destacar três tipos de regimes tributários, que de acordo com o ramo de atividade da empresa, serão tributadas por algum dos tipos de regimes específicos, os quais são: lucro real, lucro presumido ou por estimativa, lucro arbitrado, ou tributação com base no Simples Nacional.

Quanto ao regime de tributação do Lucro real, será determinado a partir do lucro líquido contábil no exercício de sua escrituração e ajustados de acordo com suas adições, supressões ou ressarcimentos, por determinação legal, gerando assim, a base de cálculo para imposto de renda e contribuição social. O referido regime consiste justamente "na apuração de imposto de renda e contribuição social sobre o lucro calculados a partir de ajustes estabelecidos na legislação tributária e que devem ser realizados pela pessoa jurídica, no resultado contábil de suas demonstrações financeiras" (FABRETTI, 2012, p. 262).

Denomina-se como LALUR, o livro de apuração do Lucro Real, o qual trata-se de um livro fiscal, em que se utiliza para registrar e controlar todas as adições e exclusões do lucro Real, em que destaca-se que qualquer tipo de empresa, independente de seu porte ou atividade que executa, pode optar por esse regime de tributação.

Nesse tipo de tributação, há basicamente quatro tributos principais: Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ), Contribuição Social sobre Lucro Líquido (CSLL), que por sua vez são considerados tributos diretos, além do Programa de integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) que são chamados de tributos indiretos (MUCCI *et al.,* 2011).

As empresas que são tributadas com base no Lucro Real devem apurar o Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) a cada trimestre (chamado de Lucro Real Trimestral) ou, anualmente (chamado de Lucro Real Anual), com pagamentos mensais calculados sob a forma de estimativa,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tendo como base o lucro líquido contábil, ajustado pelas adições, exclusões e compensações permitidas pelo Regulamento do Imposto de Renda. Além da incidência desses tributos, ainda estão sujeitas a apuração mensal do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS) sobre o faturamento (CARVALHO; MARTINS; 2012).

Portanto, a empresa nesse procedimento deve manter conservar sua escrituração contábil de acordo com a legislação comercial, sendo necessário para isso, uma estrutura mais complexa na administração da empresa, sendo que a pessoa jurídica possui a responsabilidade plena de efetuar o levantamento de balanços de suas movimentações a cada período de apuração (trimestralmente ou anualmente).

Quanto ao regime de tributação do Lucro Presumido, trata-se de uma forma de tributação mais simples do Imposto de Renda (IR) e Contribuição Social sobre o Lucro (CSLL), baseada na receita bruta de um exercício, para empresas de pequeno porte, com exceção daquelas obrigadas à apuração do Lucro Real,

Isso significa dizer que esse regime pode se apresentar como um tipo de regime mais desvantajoso, pois não ocorre deduções como no tipo de regime do Lucro Real.

É um regime é favorável principalmente aquelas empresas que são bastante lucrativas, tendo em vista que não é obrigado a mencionar seu lucro real. Por outro lado, se porventura a empresa apurar um prejuízo, o pagamento dos impostos se tornará indispensável, diferente do que ocorre no regime do Lucro Real (PINTO, 2014).

De acordo com o Decreto n. 9.580 de 22 novembro de 2018, em seu art. 587, dispõe que:

> A pessoa jurídica cuja receita bruta total no ano-calendário anterior tenha sido igual ou inferior a R$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) ou a R$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) multiplicado pelo número de meses de atividade do ano-calendário anterior, quando inferior a doze meses, poderá optar pelo regime de tributação com base no lucro presumido.

Destaca-se ainda que, de acordo com o § 3º deste mesmo artigo, prevê que "somente a pessoa jurídica que não esteja obrigada à tributação pelo lucro real poderá optar pela tributação com base no lucro presumido" (BRASIL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma das vantagens de se optar por esse tipo de regime tributário, é que de acordo com Souza e Pavão (2012, p. 7), "as empresas que optarem por ele estarão dispensadas, para fins de controle e recolhimento fiscal, da escrituração contábil, desde que tenham o controle do livro caixa".

A tributação com base no Simples Nacional, foi criado com o objetivo de facilitar o acesso das microempresas e Empresas de Pequeno Porte diante da competitividade do mercado, apresenta-se como uma ferramenta vantajosa para esses tipos de empresas, quanto ao pagamento dos tributos, que se torna menos de acordo com cada de tipo de empresa e faturamento. Este regime se consiste em Base legal na Lei Complementar nº 123/06, também chamado de Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (PINTO, 2014).

A Secretaria da Receita Federal (2015) estabelece que "o Simples Nacional é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006".

A guia do simples nacional chamado de Documento de Arrecadação do Simples Nacional (DAS), que implica no recolhimento mensal, agrega oito impostos e contribuições descritas de acordo a Lei complementar nº 123, de 14.12.2006, em seu artigo 13:

> I - Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;
>
> II - Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
>
> III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
>
> IV - Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
>
> V - Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1º deste artigo;
>
> VI - Contribuição Patronal Previdenciária - CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dedique

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> às atividades de prestação de serviços referidas no § 5º-C do art. 18 desta Lei Complementar;
>
> VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;
>
> VIII - Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Para Santos (2015, p. 7), "o Simples Nacional funciona como medida macroeconômica anticíclica, melhorando o ambiente de negócios para as micro e pequenas empresas e dando-lhes melhores condições de nascer, crescer e competir".

Ressalta-se ainda que, o art. 18 § 4º da LC 123/06, o contribuinte deverá considerar, destacadamente, para fim de pagamento do tributo:

> I - as receitas decorrentes da revenda de mercadorias; II - as receitas decorrentes da venda de mercadorias industrializadas pelo contribuinte; III - as receitas decorrentes da prestação de serviços, bem como a de locação de bens móveis; IV - as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária e tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, antecipação tributária com encerramento de tributação; V - as receitas decorrentes da exportação de mercadorias para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico.

Portanto, diante desses regimes tributários, a organização deve optar pelo regime que mais se enquadra a realidade da empresa, por isso, é necessário realizar de forma prévia.

3. MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

De acordo com a Lei Complementar 123/06, estabelece que consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e, em caso de empresa de pequeno porte (também conhecida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

como pequena empresa), deve auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (BRASIL, 2006).

Nos últimos anos, além do trabalho informal, tem crescido no país a quantidade de micro e pequenas empresas, desempenhando um papel relevante dentro da sociedade, por serem geradores de emprego e renda, contribuindo para o crescimento do país.

Para Carvalho (1999, p.52) "As pequenas empresas são as que apresentam o maior potencial de crescimento, em qualquer dos ramos que se localizem, desde que ágeis, flexíveis e eficientes".

O destaque nacional desses tipos de empresas é comprovado pela informação disponibilizada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (*apud* Agência Brasil, 2018), de que as micro e pequenas empresas foram responsáveis pela geração de 47,4 mil empregos no país em março. Esse número corresponde a 84% do total de postos criados no mês, que ficou em 56,1 mil. As médias e grandes empresas contrataram 5 mil pessoas e a administração pública, 3,6 mil.

Cabe destacar que a Lei Complementar 123/06 é considerada a "Lei Geral da Micro e Pequena Empresa", também chamada de Estatuto da MPE, que regulamenta os artigos 146, 170 e 179 da Constituição Federal, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido dispensado a essas empresas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios (BRASIL, 2006).

Quanto a classificação destas empresas, o SEBRAE (2014), se utiliza o número de pessoas ocupadas como critério de classificação do porte das empresas: Microempresa até 9 pessoas ocupadas para serviços e comércio até 19 pessoas ocupadas para a indústria; Pequena Empresa de 10 a 49 pessoas ocupadas para serviços e comércio de 20 a 99 pessoas ocupadas para indústria.

Portanto, a Lei Complementar 123/06, veio contribuir no desenvolvimento das micro e pequenas empresas, no que se refere a sua tributação e participação na economia.

4. VANTAGENS DE UM PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EFICAZ

Diante das constantes mudanças nas leis do Brasil, tendo uma carga tributária muito elevada, é necessário que a micro e pequena empresa possua incentivos do Estado para se manterem nesse mercado competidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A manutenção dessas empresas, estão relacionadas com a eficácia de um planejamento tributário. Neste contexto, Teixeira (*apud* Costa; Alves, 2017, p. 11) cita que:

> A realidade é que todas as empresas, tanto as micro e pequenas quanto as grandes, atordoadas com a carga tributária existente, comprovam a necessidade urgente de adoção de procedimentos legais que obtenham resultados concretos de redução do custo tributário. O planejamento tributário não é ficção ou mero modismo, muito menos a carga tributária brasileira, que a cada dia vem cerrar as portas de inúmeras empresas, desempregando milhares de pessoas e travando o desenvolvimento econômico do país. É sim, realidade, e mais que isso, necessidade e questão de sobrevivência.

O planejamento tributário, é a melhor alternativa para que essas empresas se perpetuem no mercado, evitando o acometimento de atos ilícitos, causando uma evasão fiscal que é justamente a redução da carga tributária por descumprimento de determinações legais, resultando na execução do crime de sonegação fiscal, pois, existe o fato gerador mais o contribuinte não paga, seja por omissão ou por adulteração, conforme mencionado anteriormente.

Para Álvares e Zuini (2012), das opções de regimes tributários existentes, o Simples Nacional é a melhor alternativa para pequenas empresas. Aliás, ele foi criado exatamente para facilitar a vida desses empreendedores, com uma tributação simplificada, unificada e mais justa, dando a estas, melhores condições de competitividade frente às demais empresas.

Quando a empresa realiza procedimentos para diminuir a carga tributária de forma lícita, conforme os parâmetros estabelecidos em lei, a eficácia desse planejamento, resultará para a empresa diversos benefícios, tais como: o estabelecimento de uma vantagem competitiva da empresa frente aos concorrentes. - o fortalecimento da empresa para suportar as ameaças do mercado; - evitar os atos ilícitos, que prejudicam terceiros e enganam o fisco, evitando assim infrações fiscais ou penais; - minimizar os erros presentes que refletem no futuro, ocasionado as mortalidades. - diminuição dos ônus tributário, aumentando a lucratividade; O bom condicionamento da empresa para que ela possa estar sempre bem preparada para as mudanças tributárias; - a condição de que os administradores tenham uma visão clara do regime de tributação do qual a empresa está ingerida e seus tributos; O auxílio da melhor compreensão e interpretação da lei (GRECO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste contexto, destaca-se o instituto da elisão fiscal, que representa um planejamento baseado em métodos legais com o objetivo de reduzir o impacto da carga tributária num determinado orçamento. Assim sendo, a intenção é que com o planejamento lícito, não ocorra o fato gerador e assim, não seja devido o tributo.

Decorrerá, então, uma vantagem competitiva dessas empresas no mercado, ampliando dessa maneira a potencialidade do crescimento do país, observando os princípios da capacidade contributiva, do mínimo existencial, da igualdade, razoabilidade, proporcionalidade, dentre outros, para se evitar a arbitrariedade por parte do Estado (OLIVEIRA, 2009).

Portanto, o planejamento tributário atua em caráter preventivo, com o intuito de proporcionar as empresas a ampliação de seus negócios, sem se onerar com o aumento de tributos.

CONCLUSÃO

O planejamento tributário torna-se relevante, por ser uma medida de redução de tributos, pois, fazem parte a maior parcela dos custos das organizações, quando não são a maior.

Neste contexto, as microempresas e empresas de pequeno porte, desempenham um papel fundamental na economia do país, por ser uma área que está em constante expansão, além da arrecadação de tributos e geração de empregos.

Porém, com os altos valores de tributação, essas empresas enfrentam dificuldade de se manterem no mercado, e para isso, utilizam-se da elisão fiscal (que representa um planejamento baseado em métodos legais com o objetivo de reduzir o impacto da carga tributária num determinado orçamento), para que seu funcionamento seja perpetuado.

Portanto, é imprescindível que as empresas, sejam elas microempresas ou de pequeno porte, adotem um sistema de planejamento tributário, constituindo uma ferramenta diferenciada à capacidade dessas organizações se manterem no mercado, através da execução de procedimentos legais.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Microempresas são responsáveis por 84% dos empregos gerados em março.** 2018. Disponível em

< https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2018-04/micro-empresas-sao-responsaveis-por-84-dos-empregos-gerados-em-marco>. Acesso em 16 Out. 2020.

ÁLVARES, Débora e ZUINE, Priscila**. Quando o Simples Nacional vale a pena para sua empresa.** Fevereiro de 2012. Disponível em: https://exame.abril.com.br/pme/quando-o-simples-nacional-vale-a-pena-para-suaempresa. Acesso em: 16 Out. 2020.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 1966. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm>. Acesso em 16 Out. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.580 de 22 de novembro de 2018**. 2018. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9580.htm#art4>. Acesso em 16 Out. 2020.

CARVALHO, M. M. de. **Oportunidade para parceria indispensável: pequenas empresas e administradores competentes**. Revista Brasileira de Administração, Brasília, ano IX, nº 27.Dez.1999.

CASSONE, V. **Direito tributário**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

COSTA, Rodrigo de Souza; ALVES, Josenaldo de Souza. **A importância do Planejamento Tributário das micro e pequenas empresas para o desenvolvimento das cidade médias.** 2017. Disponível em < http://www2.uesb.br/eventos/cmer/wp-content/uploads/2017/11/A-Import%C3%A3ncia-do-Planejamento-Tribut%C3%A1rio-Eixo-04.pdf>. Acesso em 16 out. 2020.

FABRETI, Láudio Camargo. **Contabilidade Tributária**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOI, M. S,; FERRAZ, A. C. **Planejamento Tributário e simulação: Estudo e Análise dos Casos Rexnorde Josapar**. Revista de Direito da Fundação Getúlio Vargas, v. 8, p. 359-380, 2012.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária**. São Paulo: Dialética, 2009.

MUCCI, D. M.; HORTA, R. A. M.; FARIA, B. R.; NETO, M. R. **Planejamento tributário aliado à gestão financeira eficaz: Estudo de caso de uma empresa de porte médio do setor atacadista baseado em análises de regime de tributação**. In: XIV SEMEAD: Seminários em Administração FEA-USP, 2011, São Paulo. Anais eletrônicos... SEMEAD, 2011.

MUNIZ, Humberto. **Planejamento Tributário como Ferramenta para Redução de Impostos.** 2012. Disponível em: < http://www.contabeis.com.br/artigos/708/planejamento-tributario-como-ferramenta-parareducao-de-impostos/>. Acesso em 14 Out. 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Pedro de. **Contabilidade Tributária**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, Leonardo. **Contabilidade tributária**. Curitiba: Juruá editora, 2014.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Carga tributária no Brasil.** 2015. Disponível em:< http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudose-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-no-brasil-capa>. Acesso em: 16 Out. 2020.

SEBRAE. **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira.** Brasília, 2014. Disponível em: < http://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos %20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas .pdf>. Acesso em: 16 Out. 2020.

SIQUEIRA, E. B.; CURY, L. K. P.; GOMES, T. S. **Planejamento tributário**. Revista CEPPG – CESUC, n. 25, v.2, p.184-196, 2011.

SOUZA, Luciane Regina Braçaroto de; PAVÃO, Ana Celi. **A necessidade do planejamento tributário visando a redução dos custos nas organizações**. Revista Eletrônica Inesul, Londrina, v. 17, n. 1, p.1-22, jul./ago./set. 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DO CONSUMIDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE SOBRE O AUMENTO DE PRÁTICAS ABUSIVAS

SAMUEL WEINER MOURA ARAUJO:
Graduando do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA [1]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos do Direito do Consumidor enquanto mandamento Constitucional presente na pandemia causada pelo COVID-19, perpassando pelos aspectos de práticas abusivas que ocorreram durante a pandemia como compra de produtos essenciais, pagamentos de serviços que não estão sendo utilizados por conta do isolamento social, dentre outros. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do tipo pesquisa qualitativa descritiva e bibliográfica foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina, pesquisas recentes sobre esse tema tão novo que é o coronavírus e foi possível perceber que as práticas abusivas que os consumidores estão sofrendo atualmente são em decorrência da pandemia e deve ser feito urgentemente uma fiscalização ainda maior sobre todas as garantias da qual o consumidor tem direito e ainda nos casos em que o consumidor pode negociar com o fornecedor este deve o fazer para que nenhum sai prejudicado da relação. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que ocorreram grandes abusos durante o início e durante toda a pandemia e que com cuidado e um olhar maior ao direito do Consumidor muitas dessas práticas abusivas podem ser reparadas.

Palavras-chave: mandamento Constitucional, pandemia, práticas abusivas.

Sumário: 1 Introdução. 2 Defesa do Consumidor enquanto Mandamento Constitucional. 3 O Direito do Consumidor no Brasil. 3.1 Direito do Consumidor e sua Aplicabilidade. 4 A Pandemia e seus Efeitos globais 4.1 Efeitos da Pandemia no Direito do Consumidor. 4.2 A Pandemia e o aumento na busca de produtos essenciais. 5 Conclusão. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As divulgações das primeiras notícias acerca do surgimento do novo coronavírus se deu no final de 2019, na China. O vírus rapidamente se alastrou por outros países, chegando ao Brasil em 26 de fevereiro de 2020, data em que o primeiro

caso foi confirmado no país. E em menos de um mês, o Ministério da Saúde confirmou a primeira morte por coronavírus no Brasil.

O vírus causa graves infecções em seres humanos, com sintomas semelhantes aos resfriados ou gripes, além de ocasionar, em certas pessoas, complicações respiratórias. O quadro se agrava para aquelas pessoas que estão no "grupo de risco", por exemplo, os idosos, e pacientes com o sistema imunológico enfraquecido, doença autoimune, diabetes e obesidade.

A transmissão entre seres humanos se dá principalmente por via aérea, contatos físicos, gotículas de saliva, espirros, acessos de tosse, contato próximo e superfícies contaminadas.

Com a contaminação em grande escala no país, várias medidas começaram a ser tomadas pelo governo e população, dentre elas o isolamento social que alterou toda a relação pessoal que antes existia.

O trabalho passou a ser realizado em casa por meio do tele trabalho, as reuniões presenciais passaram a ser por vídeo conferência, escolas foram fechadas passando o ensino a ser no formato online em EAD, e muitas outras relações mudaram, inclusive no ordenamento jurídico brasileiro.

A pandemia é considerada uma situação extraordinária e por isso, uma série de dispositivos do Código de Defesa e Proteção do Consumidor podem ser utilizados para garantir que os consumidores não saiam prejudicados, pois com a vinda deste momento de calamidade pública houve muitos abusos praticados contra o Direito do Consumidor, que será tratado neste estudo.

É possível citar alguns desses abusos de imediato como, por exemplo, o cancelamento de viagens aéreas que foram canceladas pela impossibilidade de viajar tendo o consumidor que remarcar sua viagem não tendo direito ao reembolso, abuso de preços como por exemplo o valor excessivo de álcool gel e máscaras, abuso de preços em produtos essenciais ao tele trabalho como notebook, mesa, cadeira e materiais de estudo, outro ponto dentro do direito do consumidor que sofreu estes abusos foram limite de compra de produtos, e mensalidades de planos de saúde, escolas/universidades e academias.

Esta pesquisa abordará em um primeiro momento sobre o Direito do Consumidor como sendo um mandamento constitucional, ou seja, é um direito fundamental que deve ser respeitado em toda e qualquer situação e em se tratando de um momento de pandemia ele deve ser ainda mais resguardado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em outro momento será abordado um breve histórico sobre o Direito do Consumidor no Brasil e suas aplicabilidades onde será visto como o Direito do Consumidor é aplicado na prática.

Por fim será visto o Direito do Consumidor diante dos problemas enfrentados com a chegada da pandemia e sua permanência, além de falar também sobre as práticas abusivas que os consumidores estão sofrendo em decorrência da pandemia e o que deve ser feito para que estes consumidores tenham seus direitos garantidos. Dentre os abusos sofridos, o que mais se destaca é o aumento abusivo de preços, onde conforme o art. 39, X, do CDC é prática abusiva elevar, sem justa causa, os preços dos produtos e serviços. Para que fique configurada a prática abusiva exige-se que o fornecedor promova o aumento de preço, de modo excessivo, dissociado de eventual aumento de custos ou aproveitando-se de situação de calamidade. (BRASIL, 1990).

Vale lembrar que os bens de consumo que sofreram forte alteração de valor são exatamente os bens essenciais para a sobrevivência do ser humano, o que agrava ainda mais.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento desta pesquisa foi pesquisa bibliográfica qualitativa descritiva onde ocorreu a realização de leituras, análises de dados em livros, artigos, periódicos e arquivos digitais sobre o tema pautado que tanto é importante para o entendimento da problemática jurídica, perpassando sobre encontrar a solução para o problema de pesquisa, qual seja: a pandemia trouxe o aumento de práticas abusivas no direito do consumidor? O que pode ser feito para que essas práticas não ocorram e o direito seja garantido?

Visto isso cumpre salientar que a presente pesquisa é extremamente importante de ser estudado e pesquisado se trata de tema relativamente novo, o que torna o assunto com poucas pesquisas para o leitor. Além do que a pandemia é um momento pelo qual o mundo ainda está enfrentando e nada mais relevante que pesquisas que tratem como deve ser a procedência de Direitos Fundamentais neste momento de calamidade Pública.

Ademais, o principal motivo para a escolha do tema se deu pela sua importância não só para os acadêmicos que terão acesso ao artigo publicado mas como a toda seara jurídica que carece de pesquisas sobre a atual situação de pandemia, bem como todos os cidadãos que por vezes não conhecem seus direitos básicos.

2. DEFESA DO CONSUMIDOR ENQUANTO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 é a responsável por colocar o direito ao consumidor como sendo direito fundamental, onde o Estado tem a obrigação de promover tal defesa. E isso se afirma mais ainda com a leitura do Art. 5º, inciso XXXII onde:

> 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:
> XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. (BRASIL, 1988).

Resta claro identificar que o Direito do Consumidor é colocado pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, sendo portanto de suma importância o resguardo a esta norma.

Conforme explicita Duarte (2018) até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o consumidor não possuía tanta relevância no ordenamento jurídico brasileiro. E somente com a instituição da magna carta que foi possível promover garantias fundamentais ao consumidor, tais como a função da União, Estados e Distrito Federal de legislar sobre produção e consumo, conforme consta no artigo 24, inciso V.

Desta forma, Marques (2009) afirma "a Constituição Federal de 1988 é a origem da codificação tutelar dos direitos dos consumidores no Brasil [...], garantia institucional da existência e efetividade do direito do consumidor". Ou seja, o direito dos consumidores são tratados de forma individual e também coletivamente. Não menos importante, o artigo 170 da magna carta menciona:

> "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] V – defesa do consumidor; (BRASIL, 1988).

Tal dispositivo refere-se ao princípio da proteção do consumidor onde baseia-se na igualdade de oportunidades e de tratamento entre os indivíduos e visa a defesa dos interesses dos consumidores nas relações econômicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As leis, comportamentos e regras que regem essas atividades são utilizadas para garantir os interesses dos consumidores e, com isso, para proteger os seus direitos.

Nesse sentido, dado o crescimento exponencial das relações de consumo em nosso país, é necessário aperfeiçoar o ordenamento jurídico para equilibrar a relação de consumo, o que resultou na promulgação da Lei nº 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor, que estabeleceu regras para a proteção e defesa do consumidor e buscou equilibrar a relação de consumo, consagrando a cidadania e dignidade do consumidor.

Para Duarte (2018), o CDC foi instituído tendo por base os princípios constitucionais que formam os pilares da República Federativa do Brasil. Dentre estes princípios estão a dignidade de pessoa humana, a igualdade material e formal, os valores sociais do trabalho, a ordem econômica e a justiça social.

Ainda dentro do artigo 170, inciso V, da Constituição Federal, entende-se que o Direito do Consumidor pode ser considerado como um Direito Social de 2ª Geração. De acordo com Novelino (2018), os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais. São direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. Ou seja, por ser parte dos direitos econômicos, conforme leitura do art. 5º, XXXII e art. 170, da CF, o direito do consumidor se configura em sendo direito econômico ocupando assim a segunda dimensão.

Para Silva (2015), o Direito do consumidor surgiu como garantia fundamental pois quando o Título II da Constituição Federal traz a obrigatoriedade do Estado em garantir a defesa do consumidor o Estado deve intervir em casos de desigualdade para que assim promova o equilíbrio social entre os mais vulneráveis (consumidores), e por ser lei fundamental o Direito do Consumidor tem hierarquia de norma Constitucional.

Vale ressaltar que o artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 afirma que "Não será possível resolver a proposta de emenda para abolir direitos e garantias pessoais". Portanto, tais artigos são considerados artigos de cláusula pétrea. A cláusula pétrea é uma restrição material ao poder de reformar a Constituição Federal. Portanto, não se pode mudar tal dispositivo porque têm a função de proteger os direitos básicos dos cidadãos. Nesse sentido, considerando que a Constituição Federal busca proteger a proteção e defesa do consumidor com base no art. 5 º, esta cláusula respeita os direitos individuais dos cidadãos, sendo compreensível que a proteção dos direitos do consumidor seja uma cláusula básica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Silva (2015) menciona ainda que o Direito do Consumidor cumpre uma tríplice determinação constitucional, a saber: promove a defesa dos consumidores (art. 5º, XXXII, da CF); assegura a tutela do consumidor como princípio geral da atividade econômica (art. 170, V, da CF); e sistematiza a proteção especial através de uma codificação (art. 48 do ADCT). Sendo assim, resta claro a abrangência do Direito do Consumidor como sendo norma fundamental Constitucional.

E foi com a Constituição Federal de 1988 que buscando a inclusão e preservação dos direitos sociais, trouxe a garantia de defesa do consumidor, em que encontra-se consagrada em seu art. 5º, XXXII, como já foi mencionado.

Contudo, no decorrer dos anos, surgiu a necessidade de criar uma lei específica em que reconhecesse o consumidor como sendo vulnerável. E, assim, surgiu o CDC em 1990, tendo como principal objetivo estabelecer a transparência, o equilíbrio e a harmonia nas relações entre consumidores e fornecedores.

Pinheiro (2014) afirma que o direito do consumidor não é somente um direito subjetivo, pois como se trata de um direito fundamental cuja tutela pode ser buscada não apenas na seara individual mas também na coletiva, é tido como um direito difuso, passível de ser defendido por meio da ação civil pública, dentre outras ações. Contudo, foi por meio do Código de Defesa do Consumidor que o Estado conseguiu dar cumprimento à promoção da defesa e proteção ao consumidor na forma da lei em compromisso com Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, vale destacar a importância de ser criado um capítulo específico que trate de como o direito do consumidor é idealizado no Brasil, como funciona, quais os direitos e garantias o consumidor necessariamente deve conhecer inclusive pelo estabelecimento comercial em que este realiza compra, como ocorre este consumo, os membros que fazem parte da relação de consumo e como acontece na prática.

3. O DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Os primeiros indícios do Direito do Consumidor surgiram com um movimento social nos EUA na década de 1960, contra produção, e comercialização e a comunicação em massa (PIM, 2018), além disso o movimento contava também em ir contra os abusos nas técnicas de *marketing* utilizado à época, propagandas e ainda contra a periculosidade de produtos e serviços, visando a qualidade e confiabilidade dos mesmos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, as experiências no campo da proteção do consumidor levaram a ONU a estabelecer, em 1985, na sua 106a Sessão Plenária, através da Resolução nº 39/248, o princípio da vulnerabilidade do consumidor, reconhecendo-o como a parte mais fraca na relação de consumo, e tornando-o merecedor de tutela jurídica específica, exemplo que foi seguido pela legislação consumerista brasileira. (PIM, 2018).

Com isso passou a ser criado uma série de regulamentos inclusive internacionais sobre a proteção do consumidor, tendo como principal objetivo de universalizar esse direito.

Dentre as normas criadas até então, surge a necessidade de oferecer diretrizes para os países, principalmente os em desenvolvimento, para que as utilizassem na elaboração ou no aperfeiçoamento das normas e legislações de proteção e defesa do consumidor, bem assim encorajar a cooperação internacional nesse sentido.

No Brasil, os registros de consumo foram intensificados após o início de da industrialização, em 1930 e que conforme explicita Pim (2018). Nessa época, o Estado possuía características fortemente intervencionistas na ordem econômica. Conforme a autora, antes mesmo de ser incluída na Carta Constitucional de 1988, a defesa do consumidor, no Brasil, teve como marco mais significativo a edição da Lei nº 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, com vistas à proteção dos interesses difusos da sociedade. No mesmo ano, criou-se o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor.

De acordo com Oliveira (2020) a relação consumerista, na forma atual prevista ordenamento jurídico, passou por inúmeros processos de evolução para alcançar a normatização e a eficácia vigentes. Diante disso, surge a atual realidade de pandemia mundial, onde é necessário que políticas estatais estão se adaptem à nova realidade, inclusive de crise social e econômica mas que ainda assim o consumidor continue sendo amparado de forma categórica e que não sofra nenhum abuso sobre suas garantias essenciais.

3.1 DIREITO DO CONSUMIDOR E SUA APLICABILIDADE

Conforme Pinto (2013) relações de consumo são aquelas nas quais há um consumidor, um fornecedor e um produto que ligue um ao outro. Nesta perspectiva para que haja relação de consumo é necessário que haja o consumidor, o fornecedor e o produto ou serviço.

Neste sentido, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire produto ou utiliza serviço como destinatário final, artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. (BRASIL, 1990).

Destinatário final, conforme a teoria finalista aprofundada ou mitigada, amplia o conceito de consumidor para alcançar a pessoa física ou jurídica que, embora não seja a destinatária final do produto ou serviço, esteja em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica em relação ao fornecedor. Segue o julgado:

> 1. A teoria finalista aprofundada ou mitigada amplia o conceito de consumidor, incluindo todo aquele que possua vulnerabilidade em face do fornecedor. Decorre da mitigação dos rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, pessoa física ou jurídica, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. (...). 2. Ao adquirir veículo novo 'zero quilômetro', o adquirente cria a justa expectativa sobre a fruição regular do bem, pois é aguardada a atuação pautada na boa-fé, que estabelece deveres entre fornecedor e consumidor a fim de que o contrato de compra e venda de um produto durável seja legitimamente adimplido com a entrega de um produto de razoável qualidade. (...). 4. Comprovada a existência de vício no produto adquirido pelo consumidor, não tendo, para tanto, concorrido qualquer utilização indevida do automóvel, deve o conserto ser coberto pela garantia.
>
> Acórdão n.1188548, 07104893320178070020, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 25/07/2019, Publicado no DJE: 02/08/2019.

Além disso, O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 2º, especificamente no parágrafo único, artigo 17 e artigo 29, prevê outra forma de consumidor, que é o consumidor por equiparação e equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas. Conforme Pinto (2013) consumidor por equiparação é toda coletividade, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Ou seja, entende-se toda a pessoa que, embora não esteja diretamente envolvida na relação de consumo, tenha sofrido as consequências de efeitos nocivos por vícios na prestação de serviços a terceiros, o que extrapola a sua finalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para que se tenha essa relação de consumo é necessário que haja também o fornecedor que de acordo com o artigo 3º do Código do Consumidor, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira, pública ou privada, os entes despersonalizados, que colocam produto ou serviço no mercado de consumo com habitualidade. (BRASIL, 1990).

Importa ressaltar que habitualidade é a característica fundamental do fornecedor, pois fornecer produto ou serviço deve ser uma atividade habitual deste fornecedor.

A última característica e não menos importante para que haja essa relação de consumo é a aquisição do produto ou serviço que conforme dispõe o § 1º do artigo 3º do Código do Consumidor, produto é todo bem móvel ou imóvel, material ou imaterial, novo ou usado, fungível ou infungível, colocado no mercado de consumo. (BRASIL, 1990).

E conforme dispõe o parágrafo o § 2º do art. 3º do Código do Consumidor, serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito ou securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990).

Neste sentido, conforme todo o exposto, consumidor é sempre a parte mais vulnerável da relação e tendo em vista sua fragilidade visa com o próximo capítulo abordar os direitos do consumidor em tempos de pandemia que tanto foi afetado, analisando quais garantias enquanto direito fundamental está sendo assegurada, quais não estão e até mesmo as principais políticas de enfrentamento.

4. SURIMENTO DA PANDEMIA E SEUS EFEITOS GLOBAIS

A pandemia COVID-19 causada pelo SARS-CoV-2 – ou o novo coronavírus – não só produziu efeitos biomédicos e epidemiológicos em escala global, mas também produziu efeitos sociais, econômicos e políticos sem precedentes em todo o mundo.

As estimativas de infectados e mortos competem diretamente com o impacto no sistema de saúde, a exposição de pessoas e grupos vulneráveis, o sistema financeiro e o apoio financeiro da população, a saúde mental das pessoas em confinamento e as preocupações com o risco de doença. Doença e morte, acesso a itens básicos como comida, remédios, transporte, etc.

A Organização Mundial de Saúde define o surto desta doença como uma emergência de saúde pública de importância internacional. No impacto do coronavírus, uma série de medidas têm sido tomadas para conter a alta disseminação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de microrganismos, tais como: aplicações de quarentena e proibição de viagens nacionais e internacionais; restrições ao movimento de pessoas, bens e serviços; interrupção das atividades de trabalho e lazer; suspensão de escolas, negócios e atividades comerciais e fornecer serviços desnecessários, como refeitórios, centros de beleza, bares, etc.

Obviamente, que a pandemia instaurada no país trouxe reflexos imensos, pois a desigualdade do país é evidente e as pessoas que mais precisam de ajuda são as mais afetadas por esta situação.

Não só foi a afetada as relações pessoais como também as empregatícias. Conforme o Blog Valor em Saúde (2020), quanto maior a taxa de desemprego, menor o número de pessoas com planos empresariais. É pouco provável que essas pessoas migrem para planos individuais, que são praticamente inacessíveis no Brasil. [2]

Além dos efeitos já citados, pode-se mencionar outros, tais como: o mercado econômico, que teve um grande impacto nas recentes decisões dos governos de fechar fronteiras e adotar medidas sociais mais rígidas; o enfraquecimento do sistema público de saúde deve-se principalmente ao fato de o mecanismo da dívida pública refletir particularmente a dinâmica financeira, o que significa que o sistema de saúde está subfinanciado, especialmente sob a orientação do Banco Mundial; no âmbito da assistência social e da seguridade social, a contradição central do neoliberalismo também se reproduz, pois o país sob o baluarte dessa visão política (no nível mais alto do sistema capitalista global) precisa injetar uma grande quantidade de ajuda pública emergencial fundos; a disseminação em massa de informações falsas na mídia, especialmente por meio da Internet, costuma ser chamada de notícia falsa; Efeitos nas classes sociais, especialmente entre os grupos mais pobres.

E, não menos importante a pandemia também atingiu a classe consumidora, onde o exemplo mais prático foi o aumento elevado no preço de produtos essenciais ainda no início da pandemia, qual seja: álcool em gel e máscaras nas empresas, que preços em tempos normais eram em torno de R$ 18,00 por caixa de máscara e chegou até R$ 150,00 a mesma caixa, com isso o PROCON foi acionado e muitos abusos foram denunciados, o tópico seguinte falará sobre os efeitos da pandemia no direito do consumidor e mais adiante será falado também sobre a posição do PROCON diante desses abusos.

4.1 EFEITOS DA PANDEMIA NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A pandemia do COVID-19 atingiu o Brasil e com isso vários setores econômicos, incluindo indústria, comércio e turismo, e muitas dúvidas sobre as novas responsabilidades sobre o Direito do Consumidor se perpetuaram.

Para Graça (2020) o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) baseia-se na teoria do risco do negócio, prevista no seu artigo 14, estabelecendo para os fornecedores a responsabilidade civil adotada é a objetiva, que independe de culpa, bastando a apresentação do nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo.

Segundo essa teoria, o fornecedor deve calcular antecipadamente seus riscos potenciais e evitar possíveis danos aos consumidores, pois caso não o faça, o fornecedor assumirá a obrigação de indenizar os prejuízos causados por suas atividades.

Para Graça (2020) os contratos sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor são regulados por normas protetivas, que são percebidos através da vulnerabilidade e necessidade da proteção ao consumidor. E em assim sendo, o artigo 4º, prever que:

> 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.

Desta forma, nas relações de consumo, além de muitas outras medidas de proteção, também se presume que as deficiências e obrigações do consumidor para facilitar sua interpretação dos termos do contrato, bem como o estabelecimento de abuso de obrigações ou a possibilidade de qualquer cláusula desta cláusula possa ser automaticamente inválida. Os consumidores estão em desvantagem exagerada. Isso sem falar no artigo 6º, inciso V do CDC, que determina a alteração dos termos do contrato.

Portanto, no caso da pandemia COVID-19, os consumidores serão protegidos pelo CDC, geralmente sem pagar multas contratuais, e ainda terão o direito de solicitar novas reservas e reembolsos e outras medidas de proteção. Por outro lado, de acordo com a mesma lei, o fornecedor não será responsável pelo incumprimento do contrato decorrente de acidente externo (ou seja, acidente sem justificação e que não se enquadre no âmbito das suas atividades principais) (COELHO, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dentre as práticas abusivas que ocorreram durante a pandemia e que, querendo ou não persistem até hoje foram principalmente: o cancelamento de viagens aéreas, marítimas, terrestres e hotéis, abuso de preços (álcool gel e máscaras), limite de compra de produtos, isso sem falar em mensalidades de planos de saúde, escolas/universidades, academias etc.

Para Silveira (2020), em se tratando de hospedagens ou pacotes, algumas medidas de proteção foram tomadas onde o consumidor deverá procurar o fornecedor (virtual ou físico) da viagem e negociar o adiamento, a remarcação ou mesmo o cancelamento do pacote e da viagem. Cabe ao fornecedor oferecer aos consumidores alternativas possíveis, como: adiamento, crédito para utilização futura para o mesmo destino ou outro, bem como reembolso do pagamento, sem multas ou penalidades. Caso não tenha sucesso nesta negociação, o consumidor pode se socorrer do PROCON ou mesmo do poder Judiciário e processar a operadora e/ou a agência de turismo, pois essas respondem solidariamente por serviços mal (ou não) prestados ao consumidor e que integram os pacotes, como hotéis, empresas aéreas, agências de turismo e receptoras.

E nos casos em que for configurado o abuso no aumento de preço de produtos básicos, será automaticamente aplicado o artigo 170, V, da Constituição Federal e artigo 39, X, do CDC, onde o aumento de preços de produtos e serviços sem uma razão válida é um abuso. Para configurar comportamentos abusivos, os fornecedores são obrigados a promover aumentos de preços de forma excessiva para que não sejam relacionados a nenhum aumento de custos, ou aproveitem situações de desastre. Seguindo a prática de abusar dos preços, o consumidor deve procurar o Procon por diversos canais.

Com a pandemia, foi possível também a renovação de alguns aplicativos que antes não tinham tanta visão, exemplo disso foi a versão do aplicativo Procon-SP em que passou a ser utilizada tanto no celular como no site. (COELHO, 2020).

Com o isolamento social, que foi um dos efeitos da pandemia, houve também o limite de compras para cada consumidor, neste aspecto os fornecedores não podem limitar incondicionalmente o número de produtos e serviços prestados, pois nos termos do artigo 39 do CDC: "É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos". (BRASIL, 1990).

Sendo assim, no caso da COVID-19, os distribuidores podem restringir a compra de produtos de cada consumidor porque esse é um motivo legítimo e não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prejudicará os direitos e obrigações da relação com o consumidor. Nesse sentido, foi lançada em 17 de março de 2020 a nota técnica CNDD-FC nº 01/2020 emitida pela Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor Básico. Seu objetivo é limitar a quantidade de produtos ou serviços na venda comercial, que apresenta forte demanda. O objetivo foi garantir o abastecimento do mercado e satisfazer a demanda do consumidor quando a epidemia continuar.

Percebeu-se também alguns abusos de mensalidades de serviços não prestados, pois com a paralisação de maioria das atividades taxas mensais de aluguel que não prestam serviços, como ensino em escolas e universidades, ginásios, cursos de língua estrangeira, clubes, etc, continuaram sendo cobradas.

Contudo, de acordo com Coelho (2020) se o serviço for prestado de forma regular e satisfatória de outra forma (por exemplo, uma instituição de ensino em formato EAD), o serviço terá sido prestado, devendo ser paga uma mensalidade.

Em qualquer caso, existe sempre tal situação, pois alguns alunos podem não ter as condições de formação e os equipamentos necessários (smartphone e / ou computador) para prestar o serviço na íntegra. Portanto, a abordagem ideal é tentar uma combinação amigável diretamente com o prestador de serviços.

4.2 PANDEMIA E O AUMENTO NA BUSCA DE PRODUTOS ESSENCIAIS

Para Laruccia (2020), o risco de desabastecimento pelo aumento da procura por produtos essenciais estão fazendo com que diversos estabelecimentos pratiquem preços abusivos, os quais em alguns casos decorrem do próprio fornecedor ao repassar ao comerciante com elevados e injustificados aumentos. Para a autora, lucros excessivos, adulteração de produtos, inconsistências na quantidade e na embalagem e muitas outras situações extremamente graves estipuladas pelo CDC, surgiram com maior efeito durante a pandemia o que fez com que a fiscalização sobre alguns estabelecimentos aumentasse.

Neste momento de pandemia, o PROCON de todo o brasil foi muito acionado. Laruccia (2020) acentua que o Procon de São Paulo recentemente registrou um aumento de mais de 100% nos atendimentos relacionados a compras pela internet: no primeiro trimestre de 2019 foram 17.108 casos de reclamações feitos no site do PROCON, já no mesmo período de 2020, 35.789 casos, o que explicita que os abusos aumentaram com a pandemia, logo as reclamações também.

Neste sentido, foi evidente que reclamações de consumidores sobre o aumento abusivo de preços relacionados a produtos utilizados no combate ao coronavírus (como álcool gel e máscaras de prevenção), surgiram e com isso surgiu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

também o guia orientativo para o exame de abusividade na elevação dos preços de diversos produtos e serviços que podem ser afetados em razão da pandemia, feito pela SENACON.

Para Tim *et al* (2020), embora a autoridade reconheça a possibilidade de alteração no valor de mercadorias e serviços como expressão da livre iniciativa e em decorrência da variação no volume de oferta e demanda, a SENACON ressalva que o Código de Defesa do Consumidor veda a elevação excessiva de preços de mercadorias ou produtos "sem justa causa". Caso verificada a infração ao Código de Defesa do Consumidor, o que deverá ser analisado caso a caso, a empresa está sujeita a multa administrativa (que pode chegar a R$ 10 milhões).

Além disso, o PROCON e o Ministério Público também têm conduzido inspeções regulares de abuso de preços em instituições comerciais em vários locais, e emitido recomendações para fornecedores em áreas estratégicas. (TIM, 2020).

No âmbito judicial, também foram tomadas algumas medidas para conter os preços excessivamente elevados e promover indenizações à comunidade e aos consumidores afetados. É o caso, por exemplo, da ação civil pública movida pela Associação Baiana de Defesa do Consumidor (ABDECON) contra o aumento do preço dos produtos para saúde. Onde no dia 16 de março de 2020 a ABDECON (Associação Baiana do Consumidor) entrou com uma Ação Civil Pública contra dois fornecedores anunciantes de altos preços dos seguintes itens de prevenção: álcool gel e máscaras.

Em assim sendo, a ABDECON requereu, em sede liminar, o restabelecimento dos valores justos, usualmente fixados, acrescidos apenas da taxa de inflação. No mérito, solicitou a manutenção dos provimentos liminares porventura deferidos, bem como a desconsideração da personalidade jurídicas das Rés, sendo a fornecedora e os seus sócios condenados a: a) – indenizarem todos aqueles consumidores que sofreram danos materiais e morais decorrentes das práticas abusivas ora denunciadas, cujos valores serão depurados a posteriori, de acordo com o quanto previsto pelo art. 95 da Lei Federal n. 8.078/90; b) restituírem todos os valores indevidamente pagos pelos consumidores em decorrência dos preços abusivos fixados, de modo dúplice e com as devidas correções; c) indenizarem todos aqueles consumidores que sofreram danos materiais e/ou morais decorrentes dos preços exorbitantes fixados pelo fornecedor; d) pagarem, cada Ré, indenização no montante de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), a título de danos morais coletivos, haja vista os danos causados à sociedade de maneira difusa, a ser revertido para o Fundo de que trata a Lei no 7.347/85; e) arcarem com o pagamento das custas e demais despesas processuais, consoante prevê o CPC/2015.[3]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, cumpre concluir que as práticas abusivas se enquadram em crimes contra a economia popular e à saúde pública, as quais acentuam o desequilíbrio entre o fornecedor e consumidor e buscando reduzir o impacto deste inúmeros abusos citados nesta pesquisa, muitas políticas de proteção foram criadas, como aplicativos de auxílio ao consumidor, dentre outras práticas citadas também nesta pesquisa.

Sendo assim, é importante ressaltar que os consumidores vitimizados devem seguir as medidas judiciais cabíveis, inerentes ao contencioso de responsabilidade civil de fornecedores de produtos e serviços, pois o Judiciário ainda está atuando na resolução de emergências e em danos aos direitos humanos.

Portanto, é muito importante lembrar o consumidor que, ao se deparar com um abuso, ele deve imediatamente registrar a conduta e denunciá-la à autoridade competente para a adoção de outros métodos criminais além das medidas administrativas eficazes.

5. CONCLUSÃO

Por meio desse estudo foi possível verificar que com a chegada da pandemia no Brasil muitas práticas abusivas ao direito do consumidor se instaurou também, a realidade de vivência dos brasileiros precisou ser modificada por conta do isolamento social e com isso muitos serviços passaram a ser prestados de forma que não satisfazem as expectativas do consumidor e muitos deles de forma abusiva.

Além disso, vale ressaltar que a pandemia abrangeu crises tanto para os fornecedores quanto para os consumidores, os fornecedores enfrentam obstáculos para manter o fornecimento de produtos e serviços, cumprir os contratos firmados e oferecer aos consumidores soluções alternativas para mitigar perdas. Enquanto os consumidores, partes mais vulneráveis da relação buscam autoridades que lhe garantam o cumprimento de seus direitos.

Conforme o exposto em todo o artigo, o consumidor sofreu inúmeros descumprimentos de suas garantias e é de responsabilidade do fornecedor fornecer aos consumidores todos os canais de comunicação possíveis para que este venha deixar sua reclamação como: telefone, e-mail, sites, etc. Pois restringir o atendimento ao cliente viola o direito dos consumidores de obter informações suficientes e claras e de fornecer serviços de maneira eficaz (CDC, artigo 6, parágrafo III).

Este trabalho visou demostrar a importância do direito do consumidor como mandamento Constitucional e por ter tamanho valor hierárquico deve ser não só

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

respeitado mas garantido, e em momentos como calamidade pública que é o caso da pandemia este deve ser ainda mais resguardado.

Não resta dúvida de que a pandemia do COVID-19 causou danos e prejuízos aos contratos criados pelas relações de consumo, e neste momento os contratantes devem, mais do que nunca, adotar os princípios que norteiam essa relação e colocá-los em prática, pois somente com a cooperação das duas partes é possível proteger o consumidor e manter as empresas neste momento tão difícil.

Portanto, a solução mais adequada em que os consumidores se encontram atualmente é o diálogo e a negociação entre as partes para buscar um consenso na resolução das relações contratuais.

Os fornecedores devem oferecer alternativas aos consumidores, como passagens aéreas no setor de aviação civil, em caso de passagens aéreas, ou na prática abusiva de preços excessivos rever o preço de mercado para que nesse caso, os consumidores possam tomar decisões razoáveis e escolham medidas mais brandas como reprogramar em vez de cancelar e que nunca fiquem sem amparo.

REFERÊNCIAS

ABDECON. **Associação Baiana de defesa do consumidor**. Disponível em: http://abdecon.com.br/index.php/abdecon-ingressa-com-acao-civil-publica-contra-fornecedores-que-estavam-vendendo-alcool-em-gel-e-mascara-a-precos-exorbitantes/. Acesso em 07 de Outubro de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 8.080**, de 11 de setembro de 1990. Código de defesa do consumidor. Rio de Janeiro, 11 de setembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 04 de Agosto de 2020.

COELHO. Gláucia. **Os impactos da Covid nas relações de consumo: quem deverá arcar com os prejuízos?.** Disponível em: https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/os-impactos-da-covid-19-nas-relacoes-de-consumo-quem-devera-arcar-com-os-prejuizos. Acesso em 15 de Setembro de 2020.

DUARTE. Sarah Kelly Câmara. **A proteção ao Consumidor como Direito Fundamental: as garantias consumeristas.** Disponível

em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/a-protecao-ao-consumidor-como-direito-fundamental-constitucional-as-garantias-consumeristas. Acesso em 15 de Agosto de 2020.

GRAÇA. Victor. **O impacto do Covid na responsabilidade civil das relações de consumo.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/graca-sento-impacto-covid-19-relacoes-consumo. Acesso em 20 de Setembro de 2020.

LARUCCIA. Vanessa. **O Aumento de práticas abusivas nas relações de consumo.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/326532/o-aumento-de-praticas-abusivas-nas-relacoes-de-consumo-em-tempos-de-pandemia. Acesso em 16 de Setembro de 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Introdução ao Direito do Consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Marques, Claudia Lima. Bessa, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOVELINO. Marcelo. **Quais os direitos de primeira, segunda e terceira geração?**. Disponível em: https://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-constitucional/quais-sao-os-direitos-de-primeira-segunda-terceira-e-quarta-geracao-denise-cristina-mantovani-cera. Acesso em 09 de Setembro de 2020.

OLIVEIRA. Glicia Granda. **Direito do Consumidor Frente á Pandemia do novo Coronavírus.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/81820/direito-do-consumidor-frente-a-pandemia-do-novo-coronavirus. Acesso em 02 de Setembro de 2020.

PINHEIRO. Camila. **Direito do Consumidor Fundamental.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31519/protecao-ao-consumidor-como-garantia-fundamental-constitucional. Acesso em 21 de Agosto de 2020.

PINTO. Paulo Cesar. **Relações de Consumo**. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7852/Relacoes-de-consumo. Acesso em 01 de Setembro de 2020.

SIMÃO. Lucas Pinto. **Fundamentos Constitucionais do Direito do Consumidor.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-149/fundamentos-constitucionais-do-direito-do-consumidor/. Acesso em 12 de Agosto de 2020.

SILVA. Altino. **A proteção Constitucional do Direito do Consumidor e sua densificação normativa.** Disponível em:

http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/43677/a-protecao-constitucional-do-consumidor-e-sua-densificacao-normativa. Acesso em 23 de Agosto de 2020.

SILVA. José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVEIRA. Vladimir. **Coronavírus no mês do consumidor: como solucionar conflitos do consumidor?** Disponível em: https://migalhas.uol.com.br/depeso/323152/pandemia-do-coronavirus-no-mes-do-consumidor--como-solucionar-conflitos-relacionados-ao-direito-do-consumidor. Acesso em 12 de setembro de 2020.

TIM. Claudio Coelho. **Covid19 e o Direito do consumidor**. Disponível em: https://tozzinifreire.com.br/boletins/covid-19direito-do-consumidor. Acesso em 01 de outubro de 2020.

VALOR SAÚDE. **Impactos da coronavírus.** Disponível em: https://www.drgbrasil.com.br/valoremsaude/impactos-do-coronavirus/. Acesso em 20 de setembro de 2002.

NOTAS:

[1] Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: rochelefirmeza@hotmail.com

[2] Disponível em: https://www.drgbrasil.com.br/valoremsaude/impactos-do-coronavirus/. Acesso em 20 de setembro de 2002.

[3] Disponível em: http://abdecon.com.br/index.php/abdecon-ingressa-com-acao-civil-publica-contra-fornecedores-que-estavam-vendendo-alcool-em-gel-e-mascara-a-precos-exorbitantes/. Acesso em 07 de Outubro de 2020.

www.conteudojuridico.com.br

INTERNAÇÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO: A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA E DO ESTADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR

RAIMUNDO JOSÉ DE SOUSA ARAÚJO: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho.

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COÊLHO[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o cenário atual de internação do adolescente infrator, com enfoque no cenário observado no HC 143.988; analisar, ainda, o papel do Estado e da Família na educação e ressocialização do adolescente infrator; e, ao final, propor uma possível melhoria ao cenário observado. A metodologia utilizada foi de revisão bibliográfica, em especial legislação, doutrina e os julgados no HC 143.988. Conclui-se que a internação domiciliar com monitoramento eletrônico, associado a uma prestação pecuniária estatal à família do adolescente infrator, visando sua reeducação e dignidade, é uma possível solução para o cenário inconstitucional observado nas unidades de internação para adolescentes infratores.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Adolescente. Ato Infracional. Internação domiciliar.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the current scenario of detention of the adolescent offenders, focusing on the scenario observed in the HC 143.988; the role of the State and the Family in the education and resocialization of the adolescent offenders; and, in the end, propose a possible improvement to the observed scenario. The methodology used was a bibliographic review, especially legislation, doctrine and HC 143,988. It is concluded that home detention with electronic monitoring, associated with a state financial benefit to the family of the adolescent offender, aiming at their re-education and dignity, is a possible solution to the unconstitutional scenario observed in the detention units for adolescent offenders.

Keywords: Child and Adolescent Statute. Adolescent. Infractional Act. Home detention.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 ADOLESCENTE, ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS. 2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ADOLESCENTE INFRATOR. 3. UNIDADES DE INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR E O CENÁRIO OBSERVADO A PARTIR DO HC 143.988. 4 EDUCAÇÃO: DEVER DO ESTADO

E DA FAMÍLIA. 5 INTERNAÇÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO: A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA E DO ESTADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo geral analisar a atual medida de internação ao adolescente infrator e discutir a medida de internação domiciliar com monitoramento eletrônico como uma melhor alternativa para reeducação do adolescente infrator; e como objetivos específicos: avaliar a efetividade do cenário atual de internação do adolescente infrator, com enfoque no cenário observado no Habeas Corpus (HC) 143.988, interposto perante o Supremo Tribunal Federal; discutir o princípio da dignidade da pessoa humana como elemento condicionante de políticas de ressocialização humanizadas e efetivas para o adolescente infrator; e refletir acerca do papel do Estado e da Família na educação e ressocialização do adolescente infrator.

A primeira hipótese do trabalho é a de que a atual medida de internação aplicável aos adolescentes infratores é ineficaz na reeducação destes e ainda os submetem a condições violadoras de sua dignidade, de forma inclusive inconstitucional. Caso confirmada a primeira hipótese, a segunda hipótese é a de que a internação domiciliar com monitoramento eletrônico seria uma alternativa viável no combate ou amenização do problema detectado. Portanto, comprovada a primeira hipótese, a problemática do trabalho seria: A internação domiciliar com monitoramento eletrônico constitui uma alternativa válida, capaz de substituir a medida de internação vigente ao adolescente infrator?

A justificativa pauta-se no fato de que na atualidade há um estado inconstitucional nas unidades de internações para adolescentes infratores, representado pela superlotação, rebeliões, maus tratos e tortura, condições precárias de higiene, dentre tantas outras mazelas que, ao invés de promover a necessária ressocialização do adolescente infrator, acabam por torná-lo mais vulnerável e suscetível a novas infrações. Nesse sentido, faz-se mister buscar alternativas que amenizem este cenário degradante, a exemplo da alternativa defendida nesta pesquisa: promoção de internação domiciliar com monitoramento eletrônico.

Diante desse estado inconstitucional vigente, o Habeas Corpus coletivo nº 143.988 foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor da coletividade de adolescentes internos, alegando um quadro de violação aos direitos humanos na respectiva casa de custódia. Após, diversas Defensorias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entraram com pedidos de extensão de Habeas Corpus, relatando as mesmas violações nas respectivas unidades de internação.

O método de abordagem da pesquisa foi o hipotético-dedutivo, sendo que a técnica de pesquisa empreendia é de revisão bibliográfica. A coleta de dados foi feita por meio de uma revisão bibliográfica em artigos científicos, livros, e julgados em sede do Habeas Corpus 143.988. No campo da legislação, foram utilizadas, predominantemente, a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil. Os descritores utilizados para a pesquisa foram: Ato Infracional, Adolescente Infrator e Internação Domiciliar.

O artigo divide-se em cinco seções: a primeira sobre a definição de adolescente, atos infracionais e quais as medidas socioeducativas aplicáveis a estes; a segunda sobre a dignidade da pessoa humana e o adolescente infrator; a terceira aborda o estado atual das unidades de internação de adolescentes infratores a partir do HC 143.998; a quarta, sobre o papel do Estado e da Família na Educação; e a quinta, discute a proposta de internação domiciliar com monitoramento eletrônico como possível alternativa.

1 ADOLESCENTE, ATOS INFRACIONAIS E MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Adolescente, nos termos do art. 2º do ECA, é a pessoa entre doze e dezoito anos de idade, sendo os adolescentes menores de dezoito anos penalmente inimputáveis conforme o art. 228 da CF e o art. 104 do ECA. Portanto, os adolescentes não podem, juridicamente, cometer crimes ou contravenções penais, entretanto, podem cometer atos infracionais. Ato infracional é definido pelo ECA, em seu art. 103, como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, ou seja, o legislador não criou os tipos que constituem atos infracionais, apenas utilizou uma técnica legislativa de referência.

Quando um adolescente comete um ato infracional, a ele poderá ser aplicada uma das medidas socioeducativas constantes no art. 112 do ECA; dentre as medidas constantes no referido artigo, a medida do inciso IV é a do foco deste trabalho, pois se trata da medida de internação em estabelecimento educacional.

A internação, nos termos do art. 121 do ECA, constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Neste sentido, destaca-se o art. 227, §3º, V da Constituição Federal, que elenca dentre um dos aspectos do direito à proteção especial a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O ECA define em seu art. 122 que a medida de internação só poderá ser aplicada nas seguintes hipóteses: quando se tratar de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; quando por reiteração no cometimento de outras infrações graves; e quando por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.

Ressaltando o caráter de excepcionalidade da medida de internação, o STF, em sede do HC 125.016 (DJE 04.08.2016), determinou que o ato de internação de menor é excepcional, cabível apenas quando atendidos os requisitos legais; e que a medida de internação somente poderá ser aplicada ao jovem infrator nas hipóteses taxativamente previstas no art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Atentando à condição dos estabelecimentos de internação, o STF no HC supramencionado, expôs que nas circunstâncias dos estabelecimentos de internação, seria teratológico determinar que menor de idade sem condenação prévia cumpra a medida socioeducativa por ato infracional de baixa periculosidade praticado sem o uso de violência, e que a permanência desse jovem, ainda que por curto período, em um desses estabelecimentos poderá torná-lo mais perigoso. Observa-se que em 2016, o STF já reconhecia a ineficácia do sistema de internação, ao afirmar que a permanência do adolescente poderia ao invés de gerar um efeito socioeducativo, torna-lo mais perigoso, o que corrobora a proposta aqui delineada de uma internação domiciliar como suporte para a efetiva ressocialização o adolescente infrator.

Quanto aos objetivos das medidas socioeducativas, incluindo-se a de internação, estes podem ser encontrados na Lei 12.594 de 2012, art. 1ª, § 2º, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional:

> § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:
>
> I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
>
> II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Conforme exposto pelo Supremo Tribunal Federal em sede do HC 143.988 (Acórdão DJE 04.09.2020), no voto do Ministro Edson Fachin, embora a lei não afaste o aspecto punitivo da medida socioeducativa ao adolescente infrator, preponderam os vieses pedagógico, protetivo e ressocializador, sendo o caráter punitivo, apesar de existente, não preponderante.

Portanto, a internação é uma medida de privação da liberdade aplicável aos adolescentes que cometem atos infracionais nas hipóteses taxativas do art. 122, e que está sujeita aos princípios da brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Tal medida deve ter caráter predominantemente pedagógico, protetivo e ressocializador, mantendo entretanto, em segundo plano, o caráter punitivo.

2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O ADOLESCENTE INFRATOR

Para Nucci (2020) o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (CF, art. 1º, III) pode ser dividido em dois aspectos: o primeiro, objetivo, diz respeito a garantir o mínimo existencial nos moldes da CF, art. 7º, IV (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social); e o segundo, subjetivo, visa garantir o sentimento de respeitabilidade e autoestima inerentes a todo ser humano, para os quais não cabe renúncia ou desistência.

Quanto ao segundo aspecto, na questão da respeitabilidade, vale destacar parte da decisão do relator Ministro Fachin em sede de Ag. Reg. HC 143.988 (j. 16.08.2018), em que o ministro dispõe que o respeito abarca a obrigatoriedade de o Estado proporcionar condições necessárias para execução das medidas socioeducativas ao adolescente em conflito com a lei. Ainda na referida decisão, o ministro depreende que na ambiência do adolescente em conflito com a lei, as medidas socioeducativas privativas de liberdade deverão ser cumpridas em estabelecimentos que ofereçam dignas condições, em respeito à sua peculiar situação de pessoa em desenvolvimento.

Mais especificamente quanto à dignidade da pessoa humana adolescente, a Constituição (art. 227, caput) estabelece que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Ainda o ECA, em seu art. 3º, assegura que o adolescente goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo assegurados de todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. O ECA dispõe também, em seu art. 5º, que nenhum 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. Dentro do campo da dignidade, vale ressaltar o direito à integridade pessoal, que conforme o art. 5º, 1 e 2, do Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Brasil pelo Decreto nº 678 de 1992 aduz que:

> Art. 5º. Direito à Integridade Pessoal
>
> 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
>
> 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

Portanto, a integridade pessoal, compreendida como física, psíquica e moral do adolescente deve ser respeitada, assim toda pessoa privada da liberdade, incluindo os adolescentes que cumprem medidas socioeducativas de internação, deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. Ainda é importante destacar a Convenção sobre os Direitos das Crianças e dos Adolescentes, promulgada no Brasil pelo Decreto 99.710/90, artigo 37, c:

> Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que:
>
> c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, conforme a Constituição Federal, os Tratados de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana recebe especial destaque quanto ao adolescente infrator, devido à sua condição de pessoa em desenvolvimento, devendo o Estado zelar para as condições necessárias à execução das medidas socioeducativas, respeitando a integridade da pessoa do adolescente, em seus aspectos físico, psíquico e moral, além de tratá-lo com todo o respeito devido à asseguração da dignidade inerente ao ser humano.

3 UNIDADES DE INTERNAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR E O CENÁRIO OBSERVADO A PARTIR DO HC 143.988

O *habeas corpus* coletivo nº 143.988 de 25 de abril de 2017, impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo em favor da coletividade de adolescentes internos na Unidade de Internação Regional Norte de Linhares, alegando um quadro de violação aos direitos humanos na referida casa de custódia, consistente, em breve síntese : (a) superlotação, com duzentos e um internos em um local com capacidade para noventa, somada à ausência de qualquer separação em razão de idade, compleição física, ato infracional cometido, ou, ainda, tipo de internação; (b) agressões, maus tratos e torturas por parte de agentes socioeducativos; (c) elevado números de mortes; (d) baixas condições de higiene e limpeza; (e) regime de trancamento praticamente integral; (f) motins e rebeliões; dentre outras violações. Para ilustrar algumas das referidas violações narradas, extraímos as seguintes passagens da Inicial:

> Chutes, tonfadas, gás de pimenta, tapas, segundo os socioeducandos, fazem parte do cotidiano da Unidade de Internação Regional Norte.
>
> Relatos dos próprios internos, confirmados pelas inspeções realizadas, dão conta de que parte dos adolescentes dorme em colchões no chão (inclusive próximo ao vaso sanitário), por não haver camas (as chamadas "comarcas") em número suficiente.
>
> No que toca às condições de higiene e limpeza, observa-se, pelas falas dos socioeducandos, da equipe técnica e pela inspeção realizada, que a Unidade encontra-se em deficientes condições, sendo percebido muito lixo nos arredores das moradias (restos de comida, copos plásticos, marmitex atrás dos quartos), esgoto exposto, mau cheiro, alta temperatura, mosquitos, baratas, lavas e até sapos.

> Durante os dias de atendimento, os adolescentes relataram permanecer a maior parte do tempo nos quartos, saindo apenas para as visitas familiares e para a quadra, aos sábados, por trinta minutos.

Em sede de decisão referente a Agravo Regimental no referido HC (j. 16.08.2018) o Ministro Relator Edson Fachin reconheceu que os direitos fundamentais dos adolescentes sujeitos ao cumprimento das medidas socioeducativas de internação na unidade permaneciam violados, e determinou em sede liminar:

> 9.1 que na Unidade de Internação Regional Norte em Linhares/ES, onde há execução de medida socioeducativa de internação, a delimitação da taxa de ocupação dos adolescentes internos em 119%, procedendo-se a transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior à taxa média de 119%;
>
> 9.2 subsidiariamente, caso a transferência não seja possível, o magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o mencionado percentual máximo de ocupação;
>
> 9.3 **na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares**;(grifo nosso)
>
> 9.4 alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado das diretrizes sucessivas constantes do pedido inicial.

O índice de 119% adotado, superior a 100% destacamos, é explicado na decisão como sendo a taxa média de ocupação dos internos de 16 estados, aferido pelo CNMP em 2013, tendo o relator entendido ser um parâmetro razoável para a fixação de limite de internos que cumprem a medida socioeducativa de internação na unidade de internação em questão.

Vale destacar para este trabalho a possibilidade trazida pelo item 9.3, ou seja, de conversão de medidas de internação em unidades em internações domiciliares, havendo impossibilidade de adoção das medidas anteriores, ou seja, de forma subsidiária, já que tal medida é objeto deste trabalho de pesquisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Após a concessão da referida liminar, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em conjunto com a Defensoria Pública do Estado da Bahia, a Defensoria Pública do Estado do Ceará, a Defensoria Pública do Distrito Federal, a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, a Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo e a Defensoria Pública do Estado de Tocantins, integrantes do GAETS – Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e do Distrito Federal nos Tribunais Superiores, requereram pedido de extensão dos efeitos da liminar concedida para as unidades socioeducativas localizadas nos estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro.

As Defensorias alegaram, em síntese, situações processuais idênticas nas suas respectivas unidades da Federação, reiterando que a socioeducação em todos os referidos estados encontrava-se em situação caótica com: unidades superlotadas; histórico de agressões, torturas e mortes de adolescentes, em uma lógica de violência que se demonstra estrutural e extremamente difícil de ser combatida, especialmente devido à operação das unidades acima de sua capacidade. A situação quanto à superlotação nos mencionados estados encontra-se sintetizada na decisão monocrática subsequente (j. 22.05.2019), a qual transcrevemos:

> 12. Por outro ângulo de análise, em sede de liminar, as informações trazidas aos autos, revelam a necessidade de provisão jurisdicional reparadora:
>
> i) Quanto ao Estado do Rio de Janeiro (eDoc 248), no que se refere às 25 unidades fechadas daquele Estado, tem-se um número total de 2046 adolescentes internados do sexo masculino para uma capacidade real de 1613 vagas;
>
> ii) No Estado da Bahia (eDoc 249), tem-se 552 vagas nas unidades de internação para uma agregado de 631 adolescentes, sendo que, em algumas unidades a taxa de ocupação vai de 121% a 139%;
>
> iii) A análise das informações do Estado do Ceará, apresentadas pela Defensoria Pública daquele Estado, demonstram a superlotação que se situam entre as taxas que vão de 123% a 160% (eDoc250). Na capital a capacidade é de 588 vagas para um total de 708 internos (664 do sexo masculino e 44 do sexo feminino). No Interior são 268 vagas para um total de 119 internos do sexo masculino. (eDoc 251);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> iv) Por fim, quanto ao Estado de Pernambuco (eDoc 252), os dados fornecidos pela Fundação de Atendimento Socioeducativo – FUNASE apontam um total de 1049 internos para uma capacidade de 702 vagas. Ainda 178 adolescentes em regime de semiliberdade para 160 vagas.

Posteriormente (25.06.2019) a Defensoria Pública do Estado do Sergipe também requereu extensão dos efeitos da decisão liminar para as unidades socioeducativas do respectivo estado, também expondo a situação de superlotação e condições precárias existentes:

> Conforme documentos em anexo, a capacidade legal do CENAM é de 65 ADOLESCENTES. Atualmente, a unidade conta com 117 adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação. Com relação à USIP, sua a capacidade legal é de 45 ADOLESCENTES. Atualmente, a unidade conta com 59 adolescentes em cumprimento de internação provisória. Os dados foram coletados e encontram-se nos documentos anexados à presente.
>
> (...)
>
> Assim, a colocação dos adolescentes em ambiente físico superlotado, totalmente inadequado e sem condições mínimas de higiene e salubridade, que, no caso do Estado de Sergipe, são verdadeiras câmaras de proliferação de doenças de pele e venéreas, violam a dignidade da pessoa humana.

Portanto, é possível observar que em seis estados da federação (Espírito Santo, Bahia, Ceará, Pernambuco, Rio de Janeiro e Sergipe) as unidades de internações encontram-se superlotadas e com uma série de outros problemas estruturais, à luz do exposto pelas Defensorias Públicas. A extensão dos efeitos foi realizada em relação aos quatro primeiros estados, ou seja, foi reconhecida, em sede liminar, a identidade da situação inconstitucional observada nas unidades de internação no Espírito Santo, nos Estados da Bahia, Ceará, Pernambuco e Rio de Janeiro. A postulação da Defensoria Pública de Sergipe aguardou o julgamento pela Turma.

No termos do acórdão (DJE 04.09.2020) a Segunda Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para determinar que as unidades de execução de medida socioeducativa de internação de adolescentes não ultrapassem a capacidade projetada de internação prevista para cada unidade, nos termos da impetração e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

extensões, e propôs a observância dos seguintes critérios e parâmetros, a serem observados pelos Magistrados nas unidades de internação que operam com a taxa de ocupação dos adolescentes superior à capacidade projetada:

> i) adoção do princípio numerus clausus como estratégia de gestão, com a liberação de nova vaga na hipótese de ingresso;
>
> **ii) reavaliação dos adolescentes internados exclusivamente em razão da reiteração em infrações cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, com a designação de audiência e oitiva da equipe técnica para o mister; (grifo nosso)**
>
> iii) proceder-se à transferência dos adolescentes sobressalentes para outras unidades que não estejam com capacidade de ocupação superior ao limite projetado do estabelecimento, contanto que em localidade próxima à residência dos seus familiares;
>
> iv) subsidiariamente, caso as medidas propostas sejam insuficientes e essa transferência não seja possível, o Magistrado deverá atender ao parâmetro fixado no art. 49, II, da Lei 12.594/2012, até que seja atingido o limite máximo de ocupação;
>
> **v) na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas supra, que haja conversão de medidas de internação em internações domiciliares, sem qualquer prejuízo ao escorreito cumprimento do plano individual de atendimento - podendo ser adotadas diligências adicionais de modo a viabilizar o seu adequado acompanhamento e execução; (grifo nosso)**
>
> **vi) a internação domiciliar poderá ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada da advertência ao adolescente infrator de que o descumprimento injustificado do plano individual de atendimento ou a reiteração em atos infracionais poderá acarretar a volta ao estabelecimento de origem; (grifo nosso)**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> vii) a fiscalização da internação domiciliar poderá ser deprecada à respectiva Comarca, nos casos em que o local da residência do interno não coincida com o da execução da medida de internação, respeitadas as regras de competência e organização judiciária;
>
> viii) alternativamente, a adoção justificada pelo magistrado de outras diretrizes que entenda adequadas e condizentes com os postulados constitucionais e demais instrumentos normativos.

Para este trabalho, destacamos o item 'ii' que visa reavaliar a internação de adolescentes internados exclusivamente em razão de reiterações de atos infracionais sem violência ou grave ameaça e os itens 'v' e "vi", que, reafirmando o item "9.3" da decisão liminar em sede de Agravo Regimental (j. 16.08.2018), traz a possibilidade, na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas anteriores, de conversão de medidas de internação (em unidades) em internações domiciliares, podendo esta ainda ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada de advertência ao adolescente infrator que o descumprimento da medida implicaria retorno à unidade de internação.

Portanto, pelo exposto no HC 143.988, demonstramos que a aplicação da medida de internação da forma adotada atualmente viola todas as garantias fundamentais previstas ao adolescente infrator. A medida de internação da forma que atualmente se apresenta constitui flagrante violação à Constituição Federal, aos Acordos Internacionais de Direitos Humanos e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, submetendo os adolescentes a unidades superlotadas, a maus tratos, baixas condições sanitárias, dentre outras condições indignas. O Supremo Tribunal Federal, reconhecendo este cenário perturbador, concedeu a segurança em favor dos internos das unidades, nos termos já apresentados.

4 EDUCAÇÃO: DEVER DO ESTADO E DA FAMÍLIA

A Constituição Federal (art. 205, caput) determina que 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. O texto constitucional ainda (art. 227, caput) determina que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, à educação, dentre outros direitos presentes no artigo. O ECA em seu art. 4º, caput, dispõe no mesmo sentido do referido art. 227.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Código Civil (art. 1.634, I) dispõe que compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos, dirigir-lhes a criação e a educação. Ainda, o Código Civil (art. 1.566, IV) determina que são deveres de ambos os cônjuges sustento, guarda e educação dos filhos. E ainda, o Código Civil (art. 1.740, I) dispõe que incumbe ao tutor, quanto à pessoa do menor, dirigir-lhe a educação. O Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 22, caput), no mesmo sentido do Código Civil, dispõe que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores.

Ante o exposto, a participação do Estado e da Família na educação do adolescente está exaustivamente prevista no âmbito constitucional e no âmbito da legislação ordinária, e, portanto, é possível dizer que a educação para o pleno desenvolvimento da pessoa é um dever partilhado entre duas instituições sociais, o Estado e a Família.

Para Meneses (2008) o termo educação deve ser considerado com sentido bem maior que apenas o de instrução, consolidando-se como um meio social de capacitação para a imersão na sociedade como ser humano, que estabelece relações com o outro e que represente o desenvolvimento da personalidade do ser humano em busca da sua cidadania. Destacamos ainda as definições de educação presentes na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996):

> Art. 1º, caput. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.
>
> Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Meneses (2008) ressalta que apesar da visão ainda limitada de educação apresentada pela LDB, ao menos esta expôs a necessidade de conjugação de esforços para a formação de um sujeito de direitos e destaca que o sistema de justiça tem que se inserir nessa compreensão para que as medidas reservadas aos adolescentes em conflito com a lei possam ser educativas.

Portanto, é possível afirmar que a educação tem como objetivo maior o pleno desenvolvimento da pessoa, com seu preparo para o exercício da cidadania e

sua qualificação para o trabalho, sendo um meio de capacitação para imersão de um ser humano na sociedade, estabelecendo relações harmoniosas com os demais e agindo com cidadania. Devemos dar um especial destaque a esse papel da educação em relação ao adolescente infrator, que é uma pessoa em desenvolvimento, e que, portanto, pode ser educada ou reeducada para estes objetivos, ressaltando-se que há o dever de educação por parte da Família e do Estado.

5 INTERNAÇÃO DOMICILIAR COM MONITORAMENTO ELETRÔNICO: A EFETIVA PARTICIPAÇÃO DA FAMÍLIA E DO ESTADO NA RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE INFRATOR

Nesta última seção, buscamos responder à problemática central da pesquisa, ou seja, se a internação domiciliar com monitoramento eletrônico constituiria uma alternativa válida, capaz de substituir a medida de internação vigente ao adolescente infrator.

O primeiro questionamento a ser feito é se é necessária uma alternativa à medida de internação em unidades atualmente vigente aos adolescentes que cometem atos infracionais. Ficou demonstrado na pesquisa que sim, pois resta confirmada nossa primeira hipótese de que a atual medida de internação aplicável aos adolescentes infratores é ineficaz na reeducação destes e ainda os submetem a condições violadoras de sua dignidade, de forma inclusive inconstitucional, conforme reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal em sede do HC 143.988.

Sendo assim, é necessário a adoção de novas medidas socioeducativas destinadas à recuperação dos adolescentes infratores, que respeitem a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento destes e que tenham um caráter verdadeiramente pedagógico, protetivo e ressocializador, mantendo, o caráter punitivo em segundo plano, mas sem abandoná-lo, e também a integridade da pessoa do adolescente, em seus aspectos físico, psíquico e moral, além de tratá-lo com todo o respeito em observância do princípio da dignidade da pessoa humana.

Passemos a analisar nossa segunda hipótese, de que a internação domiciliar com monitoramento eletrônico seria uma alternativa viável no combate ou amenização do problema detectado. O segundo questionamento a ser feito, portanto, é se a medida de internação domiciliar com monitoramento eletrônico é adequada. Esta adequação da medida pode ser analisada por vários vieses.

Em um primeiro viés, do ponto de vista da desaprovação da conduta infracional e o caráter punitivo (existente, mas secundário), é possível dizer que a medida é adequada para este objetivo. Com a internação domiciliar, o adolescente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ficaria recolhido em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial, sendo assim, uma limitação considerável à sua liberdade. Mas este aspecto punitivo, conforme já exposto, não é o principal objetivo de uma medida socioeducativa.

Em um segundo viés, o ambiente domiciliar, é, em regra, mais estruturalmente adequado que o cenário observado nas unidades de internação em sede do HC 143.988, não havendo nos lares situações de superlotação e higiene tão críticas como as observadas nas unidades de internação já descritas. Em um âmbito mais pessoal, é inegável que assim como no sistema prisional, no sistema socioeducativo o interno é frequentemente instigado por outros internos à prática de atos infracionais, muitas vezes até mais graves que os originalmente cometidos, o que cessaria na internação domiciliar. Também não é possível se falar de maus tratos por agentes socioeducativos, ou motins e rebeliões no ambiente domiciliar. Acrescentamos ainda que o adolescente internado em domicílio está afastado, ao menos em tese, do convívio de quaisquer outros adolescentes infratores ou mesmo criminosos do mundo exterior.

Esse segundo viés é capaz de demonstrar que a medida é, nos termos expostos, capaz de assegurar maior dignidade à pessoa do adolescente, em especial quanto à sua integridade pessoal, além de evitar o contato com adolescentes infratores ou mesmo criminosos, seja nas unidades de internação, seja no mundo exterior. Entretanto, tais aspectos, isoladamente, não alcançam o grau de caráter educativo que a medida socioeducativa idealmente deveria ter.

Quanto a este caráter educativo, relembramos que a educação é um dever do Estado e da Família e tem como objetivo não apenas a instrução, mas o pleno desenvolvimento da pessoa, com sua integração na sociedade. Sendo assim, as duas instituições devem dividir esse dever, auxiliando e fiscalizando uma a outra nesta tarefa de educar.

O papel proeminente da Família é evidente, o adolescente ficará internado com sua família, portanto, em contato a maior parte do tempo com os integrantes de sua família, ficando estes com o ônus de interagir e buscar passar diretamente os valores da cidadania ao adolescente. Evidentemente que uma Família desajustada é inepta à prestação desta tarefa, cabendo ao Estado fiscalizar o exercício do poder familiar com especial atenção ao caso em questão, inclusive até procurando uma família substituta comprovada a incapacidade da família principal em inspirar um desenvolvimento cidadão no adolescente em internação domiciliar.

A primeira medida em que o Estado auxiliaria a Família seria no monitoramento eletrônico, que retira da Família a incumbência de sozinha ficar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

responsável pelo monitoramento permanente do adolescente infrator em reeducação. Uma medida que o poder público já executa e que deve ser mantida é o plano individual de atendimento, adaptado à medida de internação domiciliar, buscando a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais.

Um último ponto positivo a se destacar nessa proposta de internação domiciliar com monitoramento eletrônico, é de ordem econômica, ou seja, um gasto menor para o Estado. A internação do adolescente infrator é uma medida cara para o Estado; para ilustrar, em uma amostragem de estados da federação, em cálculo do Conselho Nacional do Ministério Público (2019), o custo mensal *per capita* da medida de internação, provisória ou por prazo indeterminado, foi de R$ 9.590,08:

> Tomando como base as UFs que informaram custo médio per capita acima de cinco mil reais, foram computados para o cálculo os valores reportados pelo DF e estados do CE, ES, MS, MG, PA, PB, PR, RS, RO, RR, SC e SP, resultando numa média de custo mensal per capita da ordem de R$ 9.590,08 (nove mil, quinhentos e noventa reais e oito centavos) para a medida de internação, provisória ou por prazo indeterminado.

Em uma segunda medida no processo de internação domiciliar, com a economia destes gastos, o Estado poderia fornecer à família do adolescente um auxílio pecuniário, suficiente para ajudar nos custos inerentes à manutenção de um adolescente internado em uma casa e para também investir na educação e consequente desenvolvimento pessoal do adolescente.

Relembramos, por último, que o Supremo Tribunal Federal trouxe em sede do HC 143.998 (j. 04.10.2020) a possibilidade, na hipótese de impossibilidade de adoção das medidas anteriores dispostas, de conversão de medidas de internação em unidades, em internações domiciliares, podendo esta ainda ser cumulada com a imposição de medidas protetivas e/ou acompanhada de advertência ao adolescente infrator que o descumprimento da medida implicaria retorno à unidade de internação.

Portanto, há precedentes do Supremo Tribunal Federal para a conversão de medida de internação em unidades em medida de internação domiciliar, no caso subsidiariamente, mas que certamente, pelos argumentos expostos, poderia ser ampliada e mesmo figurar como uma nova modalidade legislada de medida socioeducativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a medida de internação domiciliar com monitoramento eletrônico aparenta ser uma medida necessária e adequada como alternativa à vigente medida de internação em unidades, efetivando a participação da Família e do Estado da reeducação do adolescente infrator e protegendo a sua dignidade. Corroboramos, portanto, nossa segunda hipótese.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, o cenário brasileiro de internação de adolescentes infratores demonstra-se inadequado; as unidades nas quais supostamente deveriam ocorrer a ressocialização dos adolescentes de fato se encontram superlotadas e em situação decadente, constituindo situação flagrante de violação a direitos fundamentais dos adolescentes e em nada contribuindo para uma reeducação e pleno desenvolvimento destes, que deveriam ter apoio do Estado e da Família no processo de reeducação, conforme extensos ditames constitucionais e legais.

Tal cenário é demonstrado claramente no HC 143.988, em que é possível vislumbrar o tratamento notoriamente inconstitucional dado ao adolescente infrator nas unidades de internação, constituindo verdadeiras violações de direitos humanos. Ante o cenário perturbador, o Supremo Tribunal Federal determinou diversas medidas visando diminuir a superlotação, inclusive adotando de forma subsidiária a possibilidade de internação domiciliar.

Portanto, é possível afirmar que o modelo de medida de internação aplicado aos adolescentes infratores é ineficaz na reeducação destes e ainda os submetem a condições que violam sua dignidade, expondo-os a situações inconstitucionais degradantes e que em nada servem para sua reeducação.

Sendo assim, a internação domiciliar com monitoramento eletrônico, associada a um auxílio pecuniário estatal à família do adolescente infrator, visando a garantia de sua dignidade e reeducação, demonstra ser uma alternativa plausível para o atual inconstitucional e perturbador sistema de internação de adolescentes infratores em unidades, encontrando, inclusive precedentes, de forma subsidiária, em sede do HC 143.988, conforme enunciado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm Acesso em: 12 ago. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Panorama da execução dos programas socioeducativos de internação e semiliberdade nos estados**. Brasília: CNMP, 2019.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 12 ago. 2020

BRASIL**. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm Acesso em: 17 set. 2020

BRASIL. **Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm Acesso em: 17 set. 2020

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>Acesso em: 29 set. 2019

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm Acesso em: 28 set. 2019

BRASIL. **Estatuto Da Criança E Do Adolescente**. Disponível Em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm>Acesso em 12 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.988. Disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678>Acesso em 12 ago. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativos STF 2014-2018**: teses e fundamentos: direito da criança e do adolescente. Brasília: Secretaria de Documentação do STF, 2019.

NUCCI, G. S. **Manual de direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MENESES, E. R.. **Medidas Socioeducativas**: uma reflexão jurídico-pedagógica. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2008.

NOTA:

[1] Orientadora. Doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Letras (Estudos Literários) pela Universidade Federal do Piauí

(UFPI). Bacharel em Direito. Licenciada em Letras. Professora de Argumentação Jurídica e Hermenêutica no Centro Universitário Santo Agostinho (UNIFSA). E-mail: msrcoelho@yahoo.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O STF NA VANGUARDA DA REFORMA ADMINISTRATIVA: UMA APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO DA INOVAÇÃO

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

A Reforma Administrativa em curso perante o Congresso Nacional – ora autuada como Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 32/2020 – vem encontrando bastante resistência no âmbito da Administração Pública.

Para o governo, trata-se de uma medida ajustada e necessária nos exatos moldes em que enviada ao Congresso Nacional em 03/09/2020. Já para parte deste, bem como de membros do Poder Judiciário, das Funções Essenciais à Justiça, de associações, de sindicatos e de determinados setores da sociedade civil organizada, cuida-se de uma proposta reformatória nefasta para o país.

Em meio a tal conflito – que aqui não se pretende abordar ou exaurir – chamou a atenção a inclusão expressa de diversos princípios ao *caput* do artigo 37 da Carta Política, a qual, acaso reformado, passará a ter a seguinte redação:

> PEC 32/2020
>
> Art. 1º A Constituição passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de quaisquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade, transparência, inovação, responsabilidade, unidade, coordenação, boa governança pública, eficiência e subsidiariedade e, também, ao seguinte:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[...][1]

Uma leitura detalhada desse dispositivo faz saltar aos olhos o paradigmático princípio da inovação. Isto porque há tempos a sociedade clama para que a Administração Pública possa adotar em seu âmago um pensamento disruptivo onde o ato administrativo se desenvolva num constante processo de re(criação). Isto é, alterar-se o *mindset* do gestor público ao ponto de tornar o exercício da função administrativa uma mutante trilha e não um perene trilho, obviamente guardados os deveres de segurança jurídica.

Aliás, a inovação já é uma tendência do legislador constituinte, conforme se pode verificar no texto da Constituição Federal notadamente a partir da Emenda Constitucional nº 85/2015:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> [...]
>
> V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> [...]
>
> IX - educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> Art. 167. São vedados:
>
> [...]
>
> § 5º A transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra poderão ser admitidos, no âmbito das atividades de ciência, tecnologia e inovação, com o objetivo de viabilizar os resultados de projetos restritos a essas funções, mediante ato do Poder Executivo, sem necessidade da prévia autorização legislativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prevista no inciso VI deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...]

V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

[...]

§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

CAPÍTULO IV

DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 1º A pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa, tecnologia e inovação, inclusive por meio do apoio às atividades de extensão tecnológica, e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 6º O Estado, na execução das atividades previstas no caput, estimulará a articulação entre entes, tanto públicos quanto privados, nas diversas esferas de governo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

§ 7º O Estado promoverá e incentivará a atuação no exterior das instituições públicas de ciência, tecnologia e inovação, com vistas à execução das atividades previstas no caput. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Parágrafo único. O Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas, bem como nos demais entes, públicos ou privados, a constituição e a manutenção de parques e polos tecnológicos e de demais ambientes promotores da inovação, a atuação dos inventores independentes e a criação, absorção, difusão e transferência de tecnologia. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-A. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão firmar instrumentos de cooperação com órgãos e entidades públicos e com entidades privadas, inclusive para o compartilhamento de recursos humanos especializados e capacidade instalada, para a execução de projetos de pesquisa, de desenvolvimento científico e tecnológico e de inovação, mediante contrapartida financeira ou não financeira assumida pelo ente beneficiário, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

Já no plano infraconstitucional, como preveem as Leis Federais nº 10.973/2004 e nº 11.196/2005, busca-se inovar no sentido de proporcionar a introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho.

Fixadas essas premissas, o vanguardista Supremo Tribunal Federal (STF) acaba de lançar o Laboratório de Inovação (Inova STF), mediante a Resolução nº 708, de 23 de outubro de 2020, vale dizer, após o envio da PEC nº 32/2020, consagrando exatamente o princípio da inovação que poderá, muito em breve, ser alçado ao *caput* do artigo 37 da Carta Cidadã[2].

Segundo o STF, a iniciativa pretende acelerar a modernização do processo judicial, criando o conceito de processo digital. O objetivo é redefinir o processo judicial, com foco na experiência do usuário, fluxo contínuo de trabalho, utilização de estratégias digitais e automatização, incorporando novas soluções para otimizar o processo decisório. A proposta engloba uma nova estratégia para análise de precedentes.

Nesse cenário, entende-se que andou bem o Supremo ao lançar o Inova STF, pois mesmo não havendo expressamente um princípio da inovação no texto constitucional, tem-se como necessária e urgente a adoção de uma nova visão para o planejamento estratégico e gestão dos processos judiciais, onde a inovação deve ser uma pedra angular.

Ao mesmo tempo, em que pese as críticas – pontuais ou não – que possam existir acerca da conveniência, oportunidade e redação da PEC nº 32/2020, fato é que há pontos nela contidos com sensível relevância para o funcionamento da Administração Pública e detentores de potencial para promover uma disrupção no modelo de gestão. Um desses pontos é o princípio da inovação. Este, inegavelmente, é um vetor que se aplicado ao serviço público poderá revolucionar o planejamento estratégico da Administração Pública[3].

É dizer que a PEC nº 32/2020 não traz exclusivamente malefícios, e pode, caso bem trabalhada e conduzida, elevar o patamar do funcionamento da Administração Pública, mudando não só o texto frio da norma constitucional, mas também – e principalmente – a mentalidade muitas vezes arcaica, inerte e obsoleta que insiste em imperar no seio do setor público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NOTAS:

[1] **BRASIL**. Câmara dos Deputados. Disponível em: < https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2262083>. Acesso em: 31 out. 2020.

[2] **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=454210>. Acesso em: 31 out. 2020.

[3] FREITAS, F. L. Filho. **Gestão da inovação: teoria e prática para implantação**. São Paulo: Atlas, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS FLEXIBILIZAÇÕES DA JORNADA DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA E SEUS DESDOBRAMENTOS PARA O TRABALHADOR

LEONARDO ANDRADE CRUZ:
Cursando Direito na Faculdade Una. Gestor de Relações do Trabalho.

Resumo: O artigo se propõe a identificar os impactos advindos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) no que tange as jornadas de trabalho e, consequentemente, quais foram os reflexos destas modificações na saúde, segurança e direitos dos empregados. Será questionado se a Reforma Trabalhista precarizou as flexibilizações dos direitos trabalhistas ou se beneficiou as partes que integram a relação de trabalho.

Palavras-chaves: Reforma Trabalhista. Jornada de Trabalho. Flexibilização. Princípios Constitucionais.

Abstract: The article intends to identify the impacts resulting from Law No. 13.467/2017 (Labor Reform) not involving working days and, consequently, what were the consequences of these changes in health, insurance and two direct employees. It will be questioned whether the Labor Reform is precarious as the flexibilization of two leading workers or of the parties that make up the benefit of the employment relationship.

Keywords: Labor Reform. Work day. Flexibilization. Constitutional principles.

Sumário: 1 Introdução. 2 Aspectos históricos do Direito do Trabalho. 2.1 Aspectos históricos da luta pela limitação da jornada de trabalho. 3 Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho que são inerentes à saúde, bem-estar e segurança do trabalhador. 4 Das inconstitucionalidades da Reforma Trabalhista – Lei nº 13. 467/2017 no que tange a jornada de trabalho. 4.1 O artigo 611-B instituído pela Lei nº 13.467/2017 e a desconsideração à saúde, higiene e segurança do trabalhador. 4.2 A nova composição da jornada de Trabalho. 4.2.1 O artigo 58 da CLT e suas alterações em razão do tempo à disposição. 4.2.2 Alteração na duração da jornada de trabalho. 4.2.3 Supressão de direitos trabalhistas no que tange o intervalo intrajornada. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso País, a flexibilização da jornada de trabalho tem amparo constitucional e infraconstitucional, ganhando, recentemente, maior ascensão com

os novos dispositivos da CLT advindos da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que possibilitou estabelecer variadas jornadas de trabalho aos empregados.

As modificações advindas da nova legislação trabalhista culminaram em uma maior autonomia do empregador, vez que poderá ajustar a duração do trabalho e intervalo dos seus empregados de acordo com sua conveniência ou necessidade, o que por sua vez, acabou resultando em prejuízos a classe trabalhadora.

Essas novas regras demonstram clara afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e do emprego, da vedação ao retrocesso social, bem como a diversos artigos da Constituição Federal da República de 1988 que protegem a saúde, o bem-estar e a segurança do trabalhador.

Neste diapasão, o presente artigo tem por objetivo demonstrar como o excesso de tempo de trabalho decorrente das extensas jornadas praticadas pelos trabalhadores é uma das causas do surgimento dos infortúnios laborais.

Além disso, será abordado como a nova legislação trabalhista, Lei nº 13.467/2017, possibilitou a flexibilização das normas que dizem respeito à jornada de trabalho e, por consequência, resultou na supressão de direitos ocasionados por estas modificações. Neste passo, torna-se necessária uma análise sobre a evolução histórica da normatização da jornada de trabalho, para que se possa compreender a relação entre as normas postas e a devida proteção à saúde do trabalhador.

Será, ainda, indagado neste artigo se a jornada de trabalho pode ou não ser realmente flexibilizada através dos acordos coletivos pactuados entre empregado/sindicato e empregador e quais são os seus limites, para que não haja abusos, prejuízo à classe e a violação a dignidade do trabalhador.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO

De início observa-se que a jornada de trabalho ocupa uma posição de centralidade na normatização do Direito do Trabalho. É possível aferir que o tempo de trabalho ou mais precisamente sua limitação estabelecida na legislação é parte inseparável e intrínseco deste ramo especial do Direito.

Por isso, em pleno século XXI e mesmo após a Reforma Trabalhista, a jornada de trabalho e suas limitações sempre serão temas centrais que viabilizam a ascensão capitalista.

Logo, torna-se necessária a realização de uma abordagem sobre a normatização da jornada de trabalho, para compreender as relações entre a legislação e suas evoluções e a devida proteção à saúde do trabalhador. Ademais,

será ponderado o que a Lei nº 13.467/2017 possibilitou face a flexibilização desta jornada de trabalho.

2.1 Aspectos históricos da luta pela limitação da jornada de trabalho

As limitações às jornadas de trabalho surgiram no século XIX. Antes, não havia previsão ou qualquer regulamentação em relação ao tempo gasto para o exercício laboral, mas sim, tão somente, o incontrolável e o excesso de trabalho realizado por homens, mulheres e crianças.

O ápice da Revolução Industrial, embora tenha causado um enorme progresso na econômica mundial, acabou culminando em um aumento intensivo e extensivo da jornada de trabalho nos ambientes industriais.[1]

Neste período houve a incorporação das mulheres e crianças no ambiente de trabalho, sendo que a inexistência de critérios em relação à idade, performance ou condições, as expôs a uma precarização das condições de trabalho com jornadas exaustivas e uma produção a todo custo. Nota-se que esta parte histórica é marcada por dois contrapontos: o primeiro que refletia o progresso do capitalismo e o outro o reflexo da depreciação da condição humana.

Diante deste cenário se iniciaram as revoluções coordenadas pela classe trabalhadora para lutar em prol da diminuição da jornada e por melhores condições de trabalho.

As primeiras revoluções iniciadas pelos trabalhadores se deram a partir das violentas greves, que ocorriam em sua maioria nas indústrias têxteis da Europa. O período e o resultado das reivindicações são bem descritos por José Antônio R. de Oliveira Silva em sua obra:

> Com efeito, violentas greves ocorridas na Grã Bretanha, de 1833 a 1847, que resultaram na aprovação, pelo Parlamento, da lei das 10 horas, pela qual se havia lutado tanto tempo. A Lei de 1847 foi a primeira lei geral limitadora da jornada de trabalho, fixada em 10 horas diárias para as industrias têxteis da Grã Bretanha.
>
> Depois dessa conquista, os operários ingleses passaram a lutar pela fixação da jornada em oito horas diárias (...) Essa luta se intensificou a partir de 1866, na Grã Bretanha e nos estados Unidos, com a constituição da "Associação Internacional dos Trabalhadores"- conhecida como a Primeira Internacional. E em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 1º de maio de 1886 se realizou uma manifestação de trabalhadores nas ruas de Chicago, com a finalidade de reivindicar a redução da jornada de trabalho para oito horas diárias, dando início a greve geral dos EUA. (SILVA, 2013, p.183)

Deste modo, percebe-se que o Direito do Trabalho ganhou *status* como um direito social ligado à dignidade da pessoa humana. E foi justamente na Europa Ocidental e nos Estados Unidos do século XIX que o Direito do Trabalho começou a ganhar forças. Trata-se do momento em que o homem começou a se preocupar com a dignidade da pessoa humana, surgindo assim, as primeiras ideias de justiça social.

Nota-se que a luta histórica pela redução da jornada tem acompanhado a própria trajetória do Direito do Trabalho. Verifica-se que durante longos períodos não existiram limites específicos e universais para determinar as jornadas de trabalho, sendo necessárias grandes reivindicações, para a busca da preservação dos primeiros direitos dos trabalhadores.

Anos depois, durante a Primeira Guerra Mundial, os sindicatos começaram a se mobilizar para fidelizarem normas de proteção ao trabalhador. Logo, em meados de 1916, organizados por representantes de organizações sindicais, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo este o marco na proteção dos direitos dos trabalhadores em nível internacional.

Assim, finalmente, a OIT, na primeira reunião da Conferência Internacional do Trabalho, formulou a Convenção número 1, que delimitou uma jornada máxima de oito horas diárias e quarenta e oito horas semanais, fazendo restrições expressas ao trabalho extraordinário.

Já no Brasil, só é possível começar a se falar em Direito do Trabalho no período após 1888, com a promulgação da Lei Áurea e a extinção da escravatura, eis que antes disso não havia qualquer direito à classe trabalhadora.

No período de 1888 a 1930, houve um movimento operário ainda desorganizado e algumas manifestações autônomas e de negociação privadas esparsas, não centralizadas e de baixa ascensão se comparadas com as reivindicações europeias. Já no período de 1930 a 1945, houve um intervencionismo estatal forte que viabilizou a regulamentação das condições do trabalho.

O Brasil teve sua ascensão com a Revolução de 1930 liderada por Getúlio Vargas que, inspirado na experiência italiana, buscou construir instrumentos de dominação política de forma a organizar as forças econômicas, sociais e políticas em todo o Estado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O jurista Márcio Túlio Viana pontua que o Brasil demorou para avançar e perpetuar o Direito do Trabalho e suas benesses:

> O fato é que o Brasil se libertou da escravidão muito tarde, viveu preso ao campo muito tempo ainda, por isso não viveu as mesmas experiências dos trabalhadores europeus. E o nosso Direito do Trabalho demorou mais tempo para nascer. O parto, de certo modo, começou nos anos 30. (VIANA, 2013, p.49).

Não obstante, em 1988, no Brasil, o Direito do Trabalho adquiriu o *status* de direito fundamental, constitucionalmente positivado, tomando caráter mais democrático na administração dos conflitos sociais.

Os preceitos constitucionais demonstraram a preocupação com a valorização do trabalho e o seu *status* de direito fundamental imprescindível à dignificação da pessoa humana.

Nas palavras de Lívia Mendes Moreira Miraglia:

> "Nesse contexto, o Direito do Trabalho consolida-se como o principal instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, ao possibilitar a inclusão efetiva do indivíduo-trabalhador na sociedade capitalista. Cabe lembrar que a atividade estatal deve ser pautada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o ser humano é o "centro convergente de direitos" de todo o ordenamento jurídico e a dignidade constitui o substrato mínimo a ser assegurado a todos igualmente" (MIRAGLIA, 2009, p.149).

Portanto, esses princípios constitucionais demonstram a preocupação do poder constituinte de 1988 com a humanização do trabalho e o impedimento ao retrocesso, para que a classe trabalhadora jamais voltasse a sofrer as mazelas ocasionadas pelo capitalismo e o liberalismo econômico desenfreado.

Nota-se que o texto constitucional se preocupou com o impacto do labor na saúde e na vida do trabalhador, fazendo com que os novos empregados não fossem submetidos a jornadas exaustivas e colocassem a prova a sua própria dignidade, como ocorreu no passado na sociedade europeia. E foi dentro deste contexto que, em 1943, foi publicada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reunindo as diversas normas trabalhistas então existentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, ao longo do desenvolvimento das primeiras leis brasileiras sobre a duração do trabalho, apenas com o advento da Constituição de 1988 houve a estipulação da jornada de trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, facultada a compensação das jornadas por convenção ou acordo coletivo.

Como restou demonstrado, foram períodos de luta, reivindicações e intervenções contra os sistemas depreciadores da saúde humana do empregado, para que hoje pudéssemos obter uma legislação trabalhista com vasto respaldo à saúde e à proteção do trabalhador.

Deste modo, é questionável a existência de um suposto retrocesso a esta legislação, no que tange a Reforma Trabalhista. A nova legislação acabou por desconstituir todo o contexto histórico/social, bem como o confronto com os princípios e normas constitucionais que são protetoras aos direitos humanos dos trabalhadores.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO QUE SÃO INERENTES À SAÚDE, BEM-ESTAR E SEGURANÇA DO TRABALHADOR

Como destacado, a Constituição Federal de 1988 traz alguns princípios constitucionais do Direito do Trabalho que foram, inclusive, ignorados pelo legislador quando se instituiu a Reforma Trabalhista, Lei nº 13.467/2017, vez que modificou-se expressamente os artigos 58, 59, 71, §4º e 611-B da CLT, que tratavam acerca dos princípios da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na vida jurídica, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade e vedação do retrocesso social.

Nas palavras do ilustre Maurício Godinho Delgado:

> "A Constituição da República Federativa do Brasil se caracteriza por uma matriz essencialmente humanística, democrática, social e inclusiva, buscando arquitetar, no País, um verdadeiro Estado Democrático de Direito, caracterizado por três pilares estruturantes: a centralidade da pessoa humana na ordem jurídica, social e econômica, com a sua dignidade; a presença de uma sociedade política efetivamente democrática e inclusiva; a presença também de uma sociedade civil igualmente democrática e inclusiva." (DELGADO, 2017, p.137)

Em linhas gerais, a Constituição da República de 1988 traz em seu art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana. O referido princípio está atrelado ao Direito do Trabalho, pois garante ao empregado o direito à saúde e segurança,

evitando que abusos possam ser ocasionados pela extenuante jornada de trabalho, pela falta de intervalo intrajornada, pela eventual supressão de direito, pelo rigor excessivo ou até mesmo por maus tratos e/ou circunstâncias que o trabalhador esteja sujeito a passar no ambiente de trabalho.

O princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na vida jurídica está implícito na Constituição Federal de 1988. Este princípio tem como pilar o direito a proteção do homem, pois visa a valorização da pessoa humana em detrimento ao desenvolvimento econômico. Portanto, com essa base, o legislador não poderia priorizar o desenvolvimento econômico do Brasil, suprimindo qualquer direito trabalhista. Todavia, não foi o que ocorreu quando da criação da nova CLT.

A Reforma Trabalhista acabou por desvalorizar este princípio constitucional e descartou a centralidade da pessoa humana e sua proteção. Isso porque, quando a nova legislação trabalhista proporcionou a flexibilização dos direitos com o objetivo de desenvolver a economia do país, houve uma inversão de valores, inserindo assim, o desenvolvimento econômico no centro das relações empregatícias.

Já o princípio da valorização do trabalho e do emprego está estampado na Constituição de 1988, no art. 1º, inciso VI. Com este princípio o legislador concede ao Estado o poder de intervir no mercado a fim de garantir a efetiva valorização do trabalho.

O doutrinador Alessandro da Silva retrata a essência deste princípio:

> O trabalho sempre foi um elemento importante de definição das civilizações, já que determina a organização social das comunidades, sua cultura, seus costumes e suas ideias, de modo a criar instrumentos materiais de usos característicos. Em todas as investidas humanas faz-se presente a capacidade do trabalho humano, o que pode ser notado considerando-se desde o esforço pela conquista da terra e da civilização até a busca de melhores condições de vida. Não é por outra razão que, no prólogo da sua obra intitulada "A condição humana", Hannah Arendt relata que o homem encheu seu coração quando olhou para os céus para contemplar uma de suas obras. Mas, o aspecto mais interessante dessa observação é a interpretação deste evento feita por Arendt, que o considerou como o primeiro passo dado pelo homem para a libertação humana de sua prisão na terra. A autora, assim, mostra o quanto os homens estão à frente da técnica, afirmando que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ciência apenas realizou aquilo que os humanos já haviam antecipado em sonhos. (SILVA, 2007, p.141)

O princípio do bem-estar individual e social consiste na proteção oferecida pelo Estado, na forma de padrões mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação e educação assegurados a todos os cidadãos. O princípio não traduz mero assistencialismo, mas traduz a participação ativa do Estado nos problemas e questões sociais, bem como intervenções econômicas, a fim de combater desemprego, inflação e promover a melhora na qualidade de vida de modo geral.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, *caput*, assegura o direito à igualdade de todos, sem distinção de qualquer natureza, sendo que, por exemplo, o inciso XXX do art. 7º da Carta Magna assegura proteção de salário igual, afirmando que é proibida a diferença de salários por motivo de sexo, idade, cor, ou estado civil. Assim, o direito de qualquer trabalhador de ser tratado sem discriminação é irrenunciável, tendo em vista a finalidade objetivada pelo Constituinte de preservar a igualdade de tratamento dos cidadãos, sem preconceitos injustificados.

Por fim, em relação ao princípio da vedação do retrocesso social, nota-se a preocupação do constituinte em valorizar o trabalhador, ou seja, o princípio garante que o legislador infraconstitucional não crie normas que possam retroceder os direitos trabalhistas já conquistados. Tal preceito dispõe que os direitos fundamentais, uma vez garantidos, não podem ser alterados para piorar a situação ou para deixar de proteger e promover.

Além do mais, tal comando está relacionado com o princípio da segurança jurídica, pois as leis não podem ser retrocessivas, isto é, retroceder a uma situação anterior que é socialmente desfavorável à dignidade da pessoa humana.

Entretanto, mais uma vez, verifica-se que a nova legislação trabalhista também fere este respectivo princípio, pois trouxe mudanças que maculam os direitos do trabalhador em face dos direitos já conquistado ao longo de anos.

Destaca-se, por sua vez, que a Reforma Trabalhista, embora tenha sido justificada como sendo a única alternativa plausível diante da crise econômica do Brasil, a fim de viabilizar novos empregos e agitar a economia do país, acabou impulsionando a precarização e flexibilização dos direitos trabalhistas fundamentais, tais como os princípios destacados acima.

Deste modo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe de direitos fundamentais e sociais do trabalhador, que possuem força vinculante e normativa e que deverão ser prevalecidas. Estas normas e princípios não poderão ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

simplesmente desconstituídas, face a existência de uma legislação infraconstitucional, que sequer considerou as premissas básicas das relações de emprego estipuladas no ordenamento jurídico máximo. Se isso permanecer e prevalecer, resultará sérios prejuízos e reflexos à saúde, bem-estar e segurança da classe trabalhadora.

4 DAS INCONSTITUCIONALIDADES DA REFORMA TRABALHISTA – LEI Nº 13. 467/2017 NO QUE TANGE A JORNADA DE TRABALHO.

Diante dos apontamentos trazidos acima, referentes à história do Direito do Trabalho e dos princípios constitucionais que o regem, passamos agora pela nova interpretação dada à legislação trabalhista, em razão dos dispositivos da Lei nº 13.467/2017, intitulada como Reforma Trabalhista.

Como já destacado, esta legislação ocasionou a supressão de alguns direitos trabalhistas que possuíam respaldo constitucional, o que por sua vez acarreta na discussão da constitucionalidade ou não da lei infraconstitucional.

Antes de se adentrar à análise das inconstitucionalidades da Reforma Trabalhista, é preciso entender o contexto que levou a sua criação. A Lei nº 13.467/2017, de 13 de julho de 2017, foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro com a falácia dos governantes de ser uma proposta para melhoria das condições de empregabilidade e controle da crise financeira do país.

A Reforma Trabalhista apresenta viés claramente flexibilizador e supressor de direitos trabalhistas. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado:

> No plano do Direito Individual do Trabalho, as inovações eliminaram, desregulamentaram ou flexibilizaram diversas parcelas trabalhistas, de maneira a diminuir, significativamente o valor do trabalho na economia e na sociedade e, em decorrência, o custo trabalhista para o poder econômico. Embora se fale, eufemisticamente, em simplificação, desburocratização, racionalização e modernização, além da busca de maior segurança jurídica no contexto da relação empregatícia, o fato é: as inovações, em sua vasta maioria, debilitam, direta ou indiretamente, os direitos e garantias trabalhistas, exacerbam os poderes contratuais do empregador na relação de emprego e diminuem, acentuadamente, os custos da contratação do trabalho humano pelo poder econômico. (DELGADO; 2017, p. 120-121)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, nos tópicos abaixo será possível fazer uma análise de alguns dispositivos da Reforma Trabalhista que confrontam as normas e princípios garantidores de direitos humanos do trabalhador, principalmente no que tange aos artigos que alteraram, expressivamente, a jornada de trabalho dos empregados.

Ademais, é necessário ressaltar acerca dos reflexos e os resultados dessas alterações na legislação trabalhista face ao dia-a-dia do trabalhador.

4.1 O artigo 611-B instituído pela Lei nº 13.467/2017 e a desconsideração à saúde, higiene e segurança do trabalhador

Como já apontado, concluiu-se que um dos direitos trabalhistas fundamentais ao homem são: garantia da igualdade, liberdade, dignidade e vida. Diante deste cenário, um dos dispositivos que é alvo do questionamento de constitucionalidade é o parágrafo único do artigo 611-B da CLT que traduz:

> "Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo. "

O artigo 611-B, *caput*, aponta, taxativamente, as matérias cuja negociação coletiva não pode dispor, caso contrário, o negócio jurídico coletivo que infringir a regra será considerado nulo. Entretanto, há outros direitos que também são considerados indisponíveis ou que são considerados ilícitos e que não constam nos incisos. Por isso, a expressão "exclusivamente" do *caput* foi empregada de forma equivocada, pois o rol estabelecido no artigo, deveria ser meramente exemplificativo.

O grande abuso do artigo está no parágrafo único, pois ele exclui regras sobre duração do trabalho e intervalos, da classificação de normas inerentes à saúde, higiene e segurança do trabalhador. Desta forma, qualquer norma que trate de duração de trabalho ou descanso do trabalhador não terá o condão protetivo, conforme estipulado na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o trabalhador está agora, a mercê da boa vontade dos sindicatos e de seu empregador, pois qualquer regra que venha aumentar sua carga horária e diminuir seus intervalos, não poderão ser questionados por força do parágrafo único do art. 611-B da CLT.

O posicionamento de Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado é:

> Entretanto, na direção antiética ao padrão constitucional prevalecente e ao princípio da adequação setorial negociada, apresenta-se o parágrafo único do art. 611-B. De fato, esse preceito normativo intenta autorizar ampla margem de negociação coletiva no tocante a regras sobre duração do trabalho e também sobre os intervalos trabalhistas, ao fundamento de não as identificar como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.
>
> Ora, o parágrafo único do art. 611-B promove alargamento extremado dos poderes da negociação coletiva trabalhista, em particular no que toca à sua nova prerrogativa de deteriorar as condições contratuais e ambientais de trabalho. Se prevalecer a interpretação meramente gramatical e literalista desse dispositivo - ao invés de ser ele decantado pelos métodos científicos de interpretação do Direito -, a nova regra legal irá se apresentar como inusitado veículo de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalhador no âmbito das relações trabalhistas (DELGADO; DELGADO, 2017, p.135).

Logo, não há dúvida de que a aprovação desse dispositivo implicará imediato reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pois a doutrina constitucional reconhece a necessidade de que a legislação derivada respeite seus limites mínimos. Deste modo, verifica-se que o dispositivo fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na vida jurídica, da valorização do trabalho e do emprego, do bem-estar individual e social, da igualdade e da vedação do retrocesso social, eis que confronta toda a estrutura constitucional de proteção ao trabalhador, sendo, essas novas regras, uma afronta aos direitos trabalhistas já conquistados.

4.2 A nova composição da jornada de trabalho

Garantindo a aplicabilidade do parágrafo único do art. 611-B conforme mencionado acima, o legislador inseriu na Reforma Trabalhista alguns dispositivos responsáveis por diminuir ou até aniquilar direitos trabalhistas concernentes à jornada de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tais dispositivos alteraram as regras contidas nos arts. 58, 59, e 71, § 4º da CLT para a jornada de trabalho contratual no que tangem o tempo à disposição do empregador, o regime de horas e os períodos de descanso. Para melhor elucidação, necessário que se trace algumas considerações sobre os artigos supramencionados e as inconstitucionalidades da referida lei.

4.2.1 O artigo 58 da CLT e suas alterações em razão do tempo à disposição.

O artigo 58 da antiga CLT (Decreto lei n.º 5.452/1943) foi alterado em seu § 2º e foi revogado o § 3º do respectivo artigo, por força da Lei 13.467/2017. O dispositivo se refere as denominadas horas *in itinere*.

Vejamos o que retrata o novo artigo:

> "Art. 58 - A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.
>
> (...)
>
> § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. "

Nota-se que a atual redação do referido artigo foi inspirada pela jurisprudência que interpretava extensivamente o art. 4º da CLT e que estava retratada nas súmulas 90 e 320 do TST.

A nova legislação trabalhista desconsidera o tempo gasto pelo empregado no transporte casa/trabalho/casa, independente do fornecimento de condução pelo empregador e do local que se situa a empresa.

Ora, ao excluir da legislação a previsão expressa de pagamento ao empregado em razão do seu deslocamento, é nítido que o legislador buscou tornar menos dispendiosa a iniciativa da empresa de fornecer transporte seguro e de qualidade para os seus empregados.

Todavia, é importante ressaltar que o risco da atividade econômica é do empregador, conforme prevê o artigo 2º, *caput,* da CLT e, assim, é pertinente tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

despesa para que os empregados tenham acesso ao local de trabalho escolhido exclusivamente pela empresa, com segurança e dignidade.

Para Sílvio Beltramelli Neto a exclusão do pagamento das horas *in itinere* representa um prejuízo para os trabalhadores. Senão vejamos:

> A partir da aprovação de tais disposições, trabalhadores urbanos e rurais que se deslocarem por longas distâncias para acessarem ao local de trabalho não terão direito à consideração como jornada o tempo despendido com esse deslocamento (muitas vezes, de horas, como é o caso dos canavieiros), ao passo em que, de fato terão parte de seu dia comprometido exclusivamente em razão da atividade laboral, com inequívoco favorecimento à estafa do trabalhador (BELTRAMELLI NETO, 2017, p.187-188).

Assim, é notório que o texto legal traz a percepção de que se não houver a concessão do transporte pelo empregador, não haverá a obrigação ao pagamento de horas *in itinere,* o que culminará no expressivo aumento da jornada do trabalhador e isso implicaria no retrocesso social e supressão de direitos arduamente conquistados pelos trabalhadores.

Em contrapartida, se houver a concessão deste transporte pelo empregador, sem acarretar dispêndio econômico, nota-se que corresponderá em uma *"falsa vantagem",* pois a desobrigação do pagamento já é uma forma de economia para o empregador, que está prorrogando as horas de trabalho do seu empregado, até que o funcionário efetivamente chegue ao posto de trabalho, para iniciar e computar as horas de labor.[2]

Indaga-se: qual seria a vantagem ao empregador em relação ao fornecimento desse transporte? Garantir apenas o conforto ou simplesmente não fornecer o transporte aos seus empregados e apenas minimizar mais custos operacionais?

Em tempos de crises econômicas, as quais o país sofre, o intuito das grandes empresas será sempre de minimizar gastos e ter a sua base operacional funcionando ativamente e a todo custo. Este é o reflexo do capitalismo.

Ademais, critica-se a nova legislação trabalhista, pois o Estado, como interlocutor desta norma, não poderia desestimular o empregador em fornecer melhores condições de trabalho aos seus empregados, uma vez que existem princípios que regem as relações de emprego e que deverão ser pelo menos observados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A supressão das horas *in itinere*, por exemplo, tem por objetivo a retirada de um benefício que não pode ser mensurado pelo empregador. Ora, muitos empregados têm esta benesse como uma alternativa e forma de viabilizar uma melhor qualidade e segurança no deslocamento até o trabalho, em função da ausência de condições de infraestrutura que são provocadas pelas próprias dificuldades do Estado.

Portanto, pelo exposto, é necessário refletir se a redução de direitos trabalhistas, se resume: em não conceder transporte privado e digno ao trabalhador, suprimindo as horas *in itinere* ou manter válidos os princípios trabalhistas da proteção, do não retrocesso social e do trabalho.

É inequívoco que o lucro empresarial não poderá ser a qualquer custo, sob pena de se retornar a um sistema social de escravidão da classe operária. É importante haver e prevalecer as contrapartidas e garantias mínimas aos trabalhadores.

Dito isso, complementando sobre as alterações da lei nº 13.467/2017, o art. 4º, *caput,* também traz situações em que a atividade do empregado não será mais contabilizada como tempo à disposição do empregador.

Senão vejamos o dispositivo abaixo:

> "Art. 4º - Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada.
>
> (...)
>
> 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no § 1o do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:
>
> I - práticas religiosas;
>
> II - descanso;

> III - lazer;
>
> IV - estudo;
>
> V - alimentação;
>
> VI - atividades de relacionamento social;
>
> VII - higiene pessoal;
>
> VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa."

Sobre esta nova proposta trazida pela legislação trabalhista, alertam Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado:

> Ou seja, a eliminação das horas *in itinere* do ordenamento jurídico não afeta, entretanto, o conceito de tempo à disposição no meio ambiente de trabalho do empregador, e, por consequência, de duração do trabalho. Embora a má redação do novo texto do 2º do art. 58 da CLT eventualmente induza à compreensão de que a jornada de trabalho somente se inicia no instante em que o trabalhador concretiza a efetiva ocupação do posto de trabalho dentro do estabelecimento empresarial, tal interpretação gramatical e literal conduziria ao absurdo – não podendo, desse modo, prevalecer (DELGADO; DELGADO, 2017, p.138).

Desta forma, o art. 4º da referida lei, delimita a interpretação do art. 58, § 2º, mas não exclui a possibilidade de aplicação, tendo em vista a análise do caso concreto e a discricionariedade do magistrado.

Ademais, no que concerne ao tema é irrelevante a alegação de que inexistiu a prestação de serviço neste período que antecede ou sucede a jornada de trabalho, pois o entendimento majoritário dos desembargadores e juristas é que o empregado, a partir do momento em que ingressa nas dependências da empresa, já passa a se submeter ao poder hierárquico e diretivo do seu empregador, bem como de sofrer os efeitos do regulamento empresário.

É de se observar que esta norma corresponde a uma proteção ao empregador contra eventuais condutas do empregado quando este não estiver, de fato, à disposição do patrão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Logo, pontua-se que tal mudança também acarreta insegurança jurídica e abre possibilidades de violação direta aos direitos e garantias do trabalhador.

4.2.2 Alteração na duração da jornada de trabalho

Analisa-se agora as alterações ao artigo 59, §§ 2º, 5º e 6º inseridos pela Reforma Trabalhista, no que tange as alterações da duração da jornada de trabalho.

Tais dispositivos descrevem que:

> Art. 59 A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.
>
> (...)
>
> §2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.
>
> (...)
>
> § 5º O banco de horas de que trata o § 2o deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.
>
> § 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês.

Primeiramente, a jornada de trabalho tem natureza estritamente individual e deve compor o campo dos direitos individuais disponíveis, naquilo que ela estabelece como forma de preservação de duração máxima do horário de trabalho, respeitando o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal.

Observa-se que a mudança na legislação trouxe a possibilidade de pactuação do regime de banco de horas e compensação da jornada por acordo individual, inclusive permitindo o acordo tácito ou escrito, para a compensação da jornada no mesmo mês em que o trabalhador tiver excedido sua jornada contratual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O que chama atenção nestes dispositivos trazidos pela Reforma Trabalhista é o abandono ao trabalhador. Isso porque, é sabido que um trabalhador nunca terá condições de negociar livremente com seu empregador, tendo em vista a sua hipossuficiência face a força econômica do patrão. Portanto, o empregado sempre ficará à mercê do que for imposto pelo seu empregador.

É absurdo, ainda, o texto do § 2º do citado artigo, ao dizer que o acréscimo de salário poderá ser dispensado quando o excesso de horas em um dia, for compensado pela diminuição em outro dia, se houver previsão em convenção coletiva.

Essa previsão não afasta a insegurança jurídica face a força econômica do empregador. O dispositivo abre margem para que uma certa classe de empresários pactue com seus empregados que em um mês que ele precise aumentar sua produção os trabalhadores terão sua jornada de trabalho aumentada e não receberão pelas horas extras prestadas, quando em um outro mês, quando a produção não precise ser acrescida, o empregado será "compensado" pela diminuição de sua jornada de trabalho.

Essas mudanças são inconstitucionais na medida que a Constituição da República de 1988 estabelece que a jornada de trabalho contratual não poderá ultrapassar as 44 horas semanais (art. 7º, XII da CF/88), sendo facultada a compensação de horários e redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, sendo que o que ultrapassar será pago ao empregado como hora extraordinária, acrescida de, no mínimo, 50% da hora normal (art.7º, XVI, da CF/88).

Ora, o §2º prevê a necessidade de convenção coletiva para que ocorra a compensação de horas naqueles termos, o que não exclui a insegurança jurídica e a validade deste acordo coletivo pactuado.

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado discorrem sobre o assunto:

> A interpretação literalista desse novo preceito, entretanto, conduziria à deflagração de profunda insegurança jurídica para o trabalhador no contexto da relação de emprego, pois além de exacerbar o poder unilateral do empregador nessa relação já fortemente assimétrica. A interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do referido dispositivo da CLT, a par da incidência, na hipótese, do fundamental princípio constitucional da proporcionalidade e da razoabilidade, deve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> conduzir, equilibradamente, à compreensão no sentido da necessidade, pelo menos, da pactuação bilateral escrita para a validade do mencionado regime compensatório clássico. O art. 6º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho (DELGADO; DELGADO, 2017, p.149).

Desta forma, conclui-se que, mesmo com a previsão de Convenção Coletiva para a utilização dos novos dispositivos da CLT, não é garantida a proteção aos direitos trabalhistas. Como destacado neste tópico, a pactuação face a jornada de trabalho, cria condições para prevalência do mercado na determinação da relação de emprego, submetendo os indivíduos ao minimalismo, vez que o mercado é promotor de desigualdades e não de igualdade, como supostamente propõem a Reforma Trabalhista.

Deste modo, na ausência de proteção social como imputado pela nova lei, consagra-se a prevalência do mais forte, o que expõe os trabalhadores a uma série de riscos e inseguranças.

4.2.3 Supressão de direitos trabalhistas no que tange o intervalo intrajornada

Complementando ainda as alterações da Reforma Trabalhista, nota-se que o §4º do art. 71 da CLT, passou a ter a seguinte redação:

> §4º A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

Estamos diante de mais um dos absurdos da nova legislação trabalhista, que fez o legislador retirar o caráter salarial da verba paga a título de compensação de intervalo intrajornada.

No texto anterior à Reforma, o intervalo não concedido ao empregado deveria ser pago integralmente. Agora, o empregador só terá que pagar o período suprimido, em clara afronta à preceito constitucional.

Nesse sentido, Sílvio Beltramelli Neto, dispõem sobre a supressão de um dos direitos que regulamentavam e garantia o direito à saúde e segurança do trabalhador:

> O §4º do art. 71 também foi alvo da reforma, mediante alteração que mitiga os efeitos sancionatórios da não fruição integral do intervalo intrajornada, antes estabelecidos com a remuneração do período correspondente com um acréscimo de no mínimo cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho, padrão sensivelmente reduzido para "o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de cinquenta por cento sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho", facilitando a burla do direito constitucional de intervalo para alimentação e descanso do trabalhador (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 190)

Nota-se que essa alteração da Reforma Trabalhista trouxe átona uma discussão que já estava sumulada pelo Tribunal Superior do Trabalho. A súmula 437 do TST trazia o entendimento dominante de que a cláusula de negociação coletiva que suprimisse ou reduzisse o intervalo intrajornada seria inválida, pois tratava-se de uma medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública e, portanto, impossível ser regulamentado por negociação coletiva.

Inclusive, esse posicionamento era partilhado por grande parte da doutrina, já que as normas que regulamentam segurança e medicina do trabalho constituem-se imperativos de proteção do hipossuficiente, sendo incabível a sua disposição pela vontade das partes, competindo ao próprio "legislador tutelar o trabalhador, impedindo-o de concordar com redução desse intervalo, em detrimento de sua própria segurança e saúde[3]

As novas regras que disciplinam o intervalo intrajornada são "bastante extremadas, parecendo enfocar, essencialmente, um único aspecto do assunto: o custo trabalhista para o empregador relativamente ao desrespeito ao intervalo intrajornada legalmente estipulado."[4] Nota-se, portanto, que o empregador conseguirá suprimir ou até extinguir o intervalo intrajornada de seus empregados sem que tal exclusão lhe acarrete maiores danos, pois ele terá que pagar somente o valor da hora trabalhada à título de indenização, sem ser necessário o pagamento de qualquer reflexo em verba trabalhista e rescisória.

Contrariando a preocupação com a saúde do trabalhador prevista na Constituição Federal de 1988, a Reforma Trabalhista desrespeita expressamente o princípio da dignidade humana, quando altera a proposta do artigo 71 da CLT, que rompe com o caráter uno do instituto das horas extraordinárias, tornando possível a concessão parcial dos intervalos intrajornadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O retrocesso é evidente, com notório desrespeito aos princípios constitucionais da vedação de retrocesso e ao da aplicação da regra mais favorável. O fundamento usado para justificar a alteração destacada acima é meramente quantitativo, subtraindo o direito à saúde e desrespeitando à condição humana do trabalhador.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar a inconstitucionalidade dos novos dispositivos da CLT, inseridos pela Reforma Trabalhista, que flexibilizam as regras sobre a jornada de trabalho contratual, pois ferem princípios e normas constitucionalmente protegidos, ocasionando enorme prejuízo à classe trabalhadora.

Diante desta análise, foi possível demonstrar que os artigos da CLT, trazidos pela Reforma Trabalhista, estão na contramão dos ditames constitucionais e principiológicos. Tais normativas precisam ser analisadas de forma completa e controlada pelos magistrados, para que não sejam aplicados desordenadamente sob pena de inconstitucionalidade e prejuízos ao trabalhador.

Além disto, viu-se que a falácia do atual governo sobre a flexibilização de direitos trabalhistas em prol do desenvolvimento econômico do país só prejudicou a classe trabalhadora, que vem sofrendo com as medidas tomadas pelos legisladores.

Portanto, a atual proposta de desmonte de direitos trabalhistas imputado pela Reforma, Lei nº 13.467/2017 é uma forma de desestruturar a vida social e de promover condições que favorecem somente um ator na sociedade, qual seja, os empregadores.

Desta forma, os trabalhadores estarão submetidos às inseguranças do mercado e à precarização do trabalho, além de serem inibidos de perspectivas futuras, tais como aposentadoria e o desenvolvimento na trajetória profissional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. ed. 7. São Paulo: LTr, 2011. p. 539.

BATISTA, Geovane de Assis. Hora extraordinária noturna in itinere. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho**. Ano VI, Nº 8, jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de

julho de 1991. Brasília: Congresso Nacional, **Diário Oficial da União**, 14 de julho de 2017.

BELTRAMELLI NETO, Sílvio. A Reforma Trabalhista e o retrocesso na proteção jurídica da saúde e segurança no trabalho: notas críticas sobre jornada e outros dispositivos alusivos ao meio ambiente laboral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, SP, n. 51, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 16.ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005.

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

MARINHO, Rogério. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao projeto de lei nº 6.787**, de 2016, abril de 2017. Substitutivo ao projeto de lei nº 6.787, de 2016, abril de 2017.

MORAES FILHO, Evaristo. **Tratado Elementar de Direito do Trabalho**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Barros, 1965, v. I.

MIRÁGLIA, Lívia Mendes Moreira. O Direito do Trabalho como instrumento para a efetivação da dignidade social da pessoa humana no capitalismo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. Belo Horizonte, MG, n. 79, jan./jun. 2009.

SILVA, Alessandro da. **Direitos Humanos**: essência do direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador**. São Paulo: LTr, fev. 2013. p.182-183

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT**: uma história de trabalhadores. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2013.

NOTAS:

[1] SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *A flexibilização da jornada de trabalho e a violação do direito à saúde do trabalhador*. São Paulo: LTr, fev. 2013. p.183

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[2] BATISTA, Geovane de Assis. **Hora extraordinária noturna in itinere**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho. Ano VI, Nº 8, jan. 2017.

[3] BARROS, Alice Monteiro de. ***Curso de Direito do Trabalho***. ed. 7. São Paulo: LTr, 2011. p. 539.

[4] DELGADO, Maurício Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017. p. 134.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DE FAMÍLIA: UMA ANÁLISE SOBRE A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO DE VISITA DOS AVÓS EM TEMPOS DE PANDEMIA

IASMINE SILVA MEDEIROS:
Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA – Teresina-PI.

KARINE SILVA OLIVEIRA [1]

(coautora)

FRANCISCA JULIANA CASTELLO BRANCO EVARISTO DE PAIVA [2]

(orientadora)

RESUMO: A presente pesquisa tem por determinação analisar os aspectos da reestruturação do direito de visita dos avós em tempos de pandemia, buscando verificar quais adequações o direito de família teve que passar por conta da pandemia que com ela veio o isolamento social. Partindo deste ponto, conforme a metodologia utilizada do método dedutivo e pesquisa bibliográfica foi desempenhado um estudo em conjunto entre doutrina, jurisprudência e legislação acerca do tema, onde foi possível verificar que houve uma moldação no Direito de Família, buscando antes de tudo preservar a vida de quem mais corre riscos na pandemia (idosos) e buscando sempre o melhor interesse do menor. Desse modo, por meio deste estudo, chegou-se à conclusão que o direito de visita dos avós não ficou sem amparo durante a pandemia, as visitas foram modificadas para o novo sistema online ou em alguns casos, a visita presencial com certa distância e sem contato físico, pois compreende-se que a presença dos avós na vida dos netos é extremamente essencial.

Palavras-chave: direito de visita, pandemia, isolamento social.

Sumário: 1 Introdução. 2 Disposições Gerais sobre o Direito de Família e o Direito de Visita dos Avós. 3 O surgimento da pandemia no Brasil e a reestruturação do Direito de Família Brasileiro. 4 Direito de Visita dos Avós em Tempos de Pandemia. 5 Análise Jurisprudencial a respeito das novas formas de visitas e o acesso a era digital. 6 Conclusão. 7 Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Brasileiro como um todo precisou ser reestruturado neste ano de 2020, assim como toda e qualquer relação ou até mesmo modo de vida de todo ser humano, ocorre que, desde a chegada do novo corona vírus no país, mudanças significativas precisaram ser feitas, dentre elas, novos tipos de convivência no trabalho, nas escolas e também as familiares.

O primeiro caso da pandemia pelo novo corona vírus, foi identificado em Wuhan, na China, no dia 31 de dezembro de 2019, e com isso os casos começaram a se espalhar rapidamente pelo mundo: primeiro pelo continente asiático, e depois por outros países.

Em fevereiro, a transmissão da Covid-19, nome dado à doença causada pelo corona vírus, no Irã e na Itália chamaram a atenção pelo crescimento rápido de novos casos e mortes, chegando até em 3 mil mortes por semana na Itália.

Em março, a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o surto da doença como pandemia. Poucos dias depois, foi confirmada a primeira morte no Brasil ocasionada pelo vírus.

Por ser um vírus que se transmite através de gotículas de saliva, espirros, acessos de tosse, contato próximo e superfícies contaminadas é possível resumir assim as principais vias de transmissão do novo corona vírus é o contato pessoal com qualquer pessoa infectada, ressalta-se ainda que há pessoas assintomáticas, ou seja, pode contrair o vírus sem que sequer tenha sentido nenhum sintoma, e assim perpetua o vírus pela frente.

Além disso, um estudo no respeitado periódico médico The New England Journal of Medicine descobriu que o vírus sobrevive por algumas horas em suspensão no ar ou até dias em certas superfícies.

Os casos suspeitos, prováveis e confirmados devem ser notificados pelo profissional de saúde responsável pelo atendimento. Por ser um vírus que se espalha com muita facilidade a OMS decidiu fazer o chamado isolamento social, e a realidade de todo o mundo mudou desde então, pessoas passaram a trabalhar em casa pelo tele trabalho, as escolas fecharam passando o ensino a ser dado via EAD, e as relações pessoais como um todo se reestruturaram.

Desde então várias medidas vem sendo tomadas, todas recomendadas pela OMS, para que possam controlar o número de pessoas não infectadas, para que assim o vírus não se espalhe, não deixando tanta gente doente e que não resultasse em tantas mortes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Este estudo científico, teve por objetivo pesquisar como ficaram essas relações familiares, sobretudo acerca do direito adquirido de visita por parte dos avós, parte bastante afetada pela pandemia, pois são os que sofrem mais risco de contaminação e morte.

Contudo, com a pandemia ocorreu uma grande mudança neste cenário, pois o sistema judiciário brasileiro teve que se moldar para além de garantir o direito de visita desses avós, garantissem também a integridade de sua saúde, não colocando-os em risco em meio a pandemia, para isto, foi analisado desde os principais conceitos de Direito de Família, Direito de Visitas e jurisprudências acerca do tema.

Nesta pesquisa serão abordados no decorrer dos capítulos, como o direito e especificamente o direito de família se reestruturou diante do novo cenário mundial, e em se tratando do direito de visitas dos avós que é exclusivamente o grupo de risco afetado pela pandemia, foi necessário uma análise minuciosa, por meio do tipo pesquisa bibliográfica e método dedutivo.

Além disso, a pesquisa ficou dividida em quatro capítulos onde o primeiro abordará as disposições gerais sobre o direito de família e o direito de visita dos avós, visto que o direito de família se molda de acordo com a evolução da sociedade onde há o direito de família presente no Código Civil, o direito de família presente na Constituição Federal, e em ambos o direito de família abrange o direito de visita dos avós.

No capítulo dois será abordado o surgimento da pandemia no Brasil e a reestruturação do direito de família, este capítulo retratará como surgiu a pandemia, os riscos que o vírus trouxe a saúde, a população mais afetada e as mudanças nas relações por ter que ser respeitado o distanciamento social. Dentre as mudanças ocorridas encontram-se o tele trabalho, a suspensão de aulas presenciais pro modo EAD e não menos importante: as mudanças familiares e o direito de família que precisou se moldar a nova realidade de pandemia: a guarda compartilhada mudou, assim como o direito de visitas também.

O terceiro capítulo abordará o direito de visita dos avós em tempos de pandemia onde será falado neste tópico como passou a ser essas visitas, pois os idosos são os que mais sofrem riscos. Por fim, no último capítulo será falado da análise jurisprudencial a respeito das novas visitas e o acesso a era digital, bem como das decisões mais importantes do Brasil em que algumas mantiveram as visitas dos avós mas sem contato físico e outras moldaram para visita online.

2 DISPOSIÇÕES GERAIS SOBRE O DIREITO DE FAMÍLIA E O DIREITO DE VISITA DOS AVÓS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conceitualmente, o direito de visitas consiste na possibilidade de um genitor ou um parente próximo, que não detém a guarda do menor, de visitá-lo e tê-lo temporariamente em sua companhia, fiscalizando a sua manutenção e educação.

Outrora, muito se discutia acerca da possibilidade de fixação do direito de visita dos avós, quando tolhida a convivência familiar com o menor, por um de seus genitores. O Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado favoravelmente à possibilidade, reconhecendo o papel fundamental dos ascendentes sobre as crianças e os adolescentes, bem como que o impedimento injustificado do contato dos avós com seus netos prejudicaria a própria formação e se caracterizaria como abuso de poder familiar.

Ocorre que em 29 de março de 2011, foi publicada a lei 12.398/11, estendendo, expressamente, aos avós o direito de visitas e guarda dos netos. A partir de sua edição, a redação do artigo 1.589 do Código Civil assim se apresenta: "O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente".

Conforme Borges (2017) ao nascer o indivíduo é automaticamente inserido em uma instituição social denominada “família”. O novo ser passa a habitar o seio familiar e a viver mediante as regras ali impostas e é do convívio diário que se começa formação dos laços de afeto. Contudo, conforme a evolução da sociedade, o conceito de família também foi se moldando, para que chegasse o mais próximo da realidade possível.

Maria Helena Diniz (2015) traz o conceito de família no sentido técnico sendo ele: “Família é o grupo fechado de pessoas, composto dos pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto numa mesma economia e sob mesma direção”.

Neste sentido, considera-se a família abrangendo um conceito amplo, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por um vínculo jurídico de natureza familiar, porém esse conjunto não recebe tratamento pacífico e uniforme. A ordem jurídica enfoca-a em razão de seus membros, ou de suas relações recíprocas (PEREIRA, 2016).

E a regra não mais fica direcionada apenas ao vínculo de consanguinidade, pois conforme Borges (2017) a função do núcleo familiar é oferecer apoio aos seus

componentes, por isso não pode estar limitado a meras formalidades ou regras morais.

Ressalta-se ainda que o Direito de Família está consagrado na Constituição Federal de 1988, como sendo direito comparado a dignidade da pessoa humana. Neste sentido, dispõe Borges (2017):

> Depois da implementação desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro a família teve seu direito resguardado de não ter a obrigatoriedade de seguir um modelo padronizado. Pois, tanto o homem como a mulher não podem ser compelidos a contrair matrimonio já que a Constituição Federal afirma que todo cidadão é livre (art. 3º, I, CF/88) se quiserem constituir família, sendo que a imposição do casamento viola a direito a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88). (BORES, p.09, 2017).

Ainda dentro deste contexto, a Constituição Federal de 1988, no art. 226, §5°, estabeleceu a igualdade no exercício dos direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal, que deverá servir de parâmetro à legislação ordinária, que não poderá ser antinômica a esse princípio. Os cônjuges devem exercer conjuntamente os direitos e deveres relativos à sociedade conjugal, não podendo um cercear o exercício do direito do outro.

Importante salientar que Maria Helena Diniz (2015) dispõe que ao Estado Democrático de Direito a base da família é o afeto, sendo assim, conforme a autora consagrou, o afeto é um dos principais elementos presentes na constituição do direito de família, e não menos importante, os avós exercem muito bem este tipo de função. Contudo, muitos não convivem sequer perto dos netos, por isso surgiu o seu direito de convívio e visitas.

Somente em 2011, foi consagrado por meio de lei (Lei nº 12.398/11), incluindo um parágrafo único no Código Civil, a saber:

> **Art. 1.589**. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (BRASIL, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, resta comprovado que o direito dos avós na conivência e visitas dos netos é garantia desde então, contudo, conforme Maria Berenice Dias (2016) afirma que o direito à convivência familiar, previsto na Constituição Federal, já autorizaria a regulamentação de visitas com outros membros da família além dos genitores, ainda que sem previsão expressa em lei.

Sendo assim, não resta dúvidas de que sempre fora um direito já assegurado, mas que com a lei fortificou ainda mais manutenção dos laços afetivos com os demais familiares, mesmo com a separação ou o divórcio de seus pais.

Para Madaleno (2015) os avós são fundamentais para resolver situações de conflito com os netos, que muitas vezes possam estar passando com os próprios pais, pois eles podem prestar um auxílio ainda mais relevante para ajudar seus netos a racionalizarem os conflitos familiares pelos quais estão passando e que sempre lhes será muito difícil de entender sem uma ajuda externa, dotando os menores de referências de segurança e estabilidade.

Conforme Mariana Pretel (2015) o novo diploma legal tão somente ratificou o entendimento de que o menor tem direito a uma convivência sadia e harmônica com os seus familiares. Ainda que os pais de uma criança ou adolescente possam se separar, o convívio com os avós não pode ser tolhido, pois não deixam de ser parentes próximos nem cessa o afeto existente.

Sendo assim, o juiz decidirá de acordo com os interesses e as necessidades da criança (ou do adolescente) e, em sendo indispensável, requererá a realização de estudo psicossocial, buscando a preservação da comunidade familiar em que se integra o menor.

3 O SURGIMENTO DA PANDEMIA NO BRASIL E A REESTRUTURAÇÃO DO DIREITO DE FAMÍLIA BRASILEIRO

De acordo com a Organização Mundial de Saúde (SANAR, 2020), pandemia é um termo usado para uma determinada doença que rapidamente se espalhou por diversas partes de diversas regiões (continental ou mundial) através de uma contaminação sustentada. Neste quesito, a gravidade da doença não é determinante e sim o seu poder de contágio e sua proliferação geográfica.

Destaca-se ainda que pandemia tem conceito diferente de endemia e epidemia. No caso das endemias, se classificam doenças que se encontram em uma determinada zona de maneira permanente durante anos e anos.

Já as epidemias são classificadas quando existe o aumento de casos até um máximo de infecções e depois uma diminuição dos mesmos. Os dois se diferem da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pandemia, que a grosso modo ocorre em todo um continente ou em todo o mundo ao mesmo tempo. (SANAR, 2020).

Conforme Santos (2020) as pandemias atualmente podem ocorrer com mais facilidade pelo fato de cada vez mais fácil o deslocamento das pessoas de um local para outro e, consequentemente, haver disseminação de uma doença entre eles.

Além disso, para Santos (2020) o doente não apresenta sintomas de uma determinada doença e relaciona-se com outras pessoas não se preocupando com a transmissão. A falta de cuidado causa a transmissão da doença e a infecção de um grande número de pessoas. Nesses casos em que não há sintomas, é fácil ir de uma região para outra sem levantar suspeitas das autoridades de saúde.

Outrossim, dependendo da gravidade da doença e do número de casos, o sistema de saúde de um país pode não estar preparado para garantir o tratamento de todos, e foi o que aconteceu com o sistema brasileiro de saúde, por não haver leito hospitalar para todos, foi sugerido pela organização mundial de saúde o isolamento social.

Para Tatiana Pimenta (2019) isolamento social é um comportamento complexo oriundo do íntimo do indivíduo que o perpetua. Somos por natureza seres sociais que necessitam de constante contato com nossos semelhantes.

Com a pandemia instalada no país foi obrigatório que houvesse o distanciamento social, e as mudanças ocorridas foram as seguintes: uma das primeiras mudanças foi em relação ao mercado de trabalho, conforme o site Gazeta (2020), reuniões presenciais foram substituídas por vídeo conferencias realizados por meio de internet com auxílio de programas que orientassem a melhor a conclusão das reuniões.

Além disso, o trabalho passou a ser feito online e muitas atividades deixaram de ser presenciais, com exceção daquelas essenciais. Neste sentido, uma das áreas que também sofreu alteração com a pandemia foi o direito de família, pois algumas relações precisaram passar por novas regulamentações para que o isolamento social não fosse quebrado e ao mesmo tempo o direito destes continuem sendo garantidos.

Para Rodrigo Pereira (2020) a pandemia que acomete o mundo inteiro e impacta todos os setores da sociedade também afetou o direito de família e sucessões. Dentre elas pode-se citar: a guarda compartilhada que no momento de isolamento social os pais podem fazer um acordo para estabelecer o melhor para a criança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro ponto sobre o Direito de Família que também foi discutido foi sobre um projeto da Câmara dos Deputados quer que os asilos e outras instituições para idosos restrinjam as visitas a apenas um visitante por idoso por semana, com tempo de duração máximo de 15 minutos. Este visitante deverá usar máscara e não poderá ter contato físico com o idoso.

Para Silvia Margazão (2020) mais do que nunca, os aplicadores do direito das famílias (aqui inseridos os juízes, promotores de justiça, advogados e todos os outros profissionais multidisciplinares que atendem a família em litígio) deverão valer-se dos princípios norteadores do direito familiarista, especialmente o do superior interesse da criança (artigo 227, caput, CF) e da proteção integral da criança e do adolescente (artigo 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente), para solucionar as adversidades que surgirão.

Sendo assim, o direito de família durante a pandemia encontra-se em constante reestruturação, para que o interesse do menor esteja sempre em questão e que ao mesmo tempo ninguém seja colocado em risco.

4 DIREITO DE VISITA DOS AVÓS EM TEMPOS DE PANDEMIA

Os idosos fazem parte do grupo de risco para covid-19, doença causada pelo novo corona vírus SARS-COV-2. Para protegê-los, a melhor medida é o isolamento social. O Ministério da Saúde recomenda que mesmo as pessoas sem sintomas fiquem em casa. No entanto, algumas pessoas precisam de outros cuidados médicos e seus filhos e netos costumam visitá-las.

Quando a visita for fundamental, manter a higiene das mãos e de superfícies que são tocadas com frequência, como por exemplo as de mesas, bancadas e, principalmente, maçanetas. "Sempre que elas forem tocadas, o ideal é passar álcool 70%". (MARQUES, 2020).

A pandemia Covid-19 requer mudanças em nosso comportamento e estilo de vida, porque a transmissão pode ocorrer de pessoa para pessoa ou por meio do contato superficial com o vírus que pode sobreviver por um período de tempo. Minutos a horas. A doença pode afetar todas as faixas etárias, desde crianças até idosos. Todas essas pessoas infectadas podem infectar outras de uma vez. Os sintomas causados pela infecção podem ser assintomáticos (sem manifestações da doença), podem ter manifestações leves e casos graves, e até risco de morte.

Para Pessoa (2020) as crianças, até agora, estão no grupo de assintomáticos ou de casos leves. Os idosos são os principais membros dos casos graves. Dessa forma, durante esses tempos de pandemia, recomenda-se evitar o contato físico

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos avós com os netos, uma vez que a criança – mesmo sem sintomas e aparentando boa saúde – pode transmitir o vírus para os avós (e estes, se infectados, também podem passar para os netos).

Ressalta-se que as decisões estão sendo fundamentadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como regra fundamental o princípio do melhor interesse da criança. Ou seja, prioriza-se o direito da criança.

De acordo com Moreira Viegas, relator da ação, "a convivência familiar é de extrema importância e deve ser preservada, mas é imprescindível que o convívio ocorra de forma saudável, garantindo que a criança esteja protegida em todos os aspectos. Precisamos de empatia e solidariedade, assim, mostra-se imprescindível que os familiares protejam uns aos outros nesse momento, sem pânico e com responsabilidade". (ANGELO, 2020).

Entre outras coisas, o conselho de administração recomenda que as visitas e os períodos de convivência sejam feitos melhor por telefone ou online. Caso um dos responsáveis tenha retornado da viagem ou se encontre em situação de perigo, recomenda-se o isolamento por 15 dias.

Além disso, de acordo com as orientações da própria OMS, deve-se evitar o deslocamento de crianças ou jovens e, caso sejam acordadas visitas ou autorizações durante a convivência, todas as recomendações dos órgãos oficiais devem ser seguidas.

Contudo, esse contato online ou ainda, em casos em que não o tenha deve ser analisado com bastante cuidado pois conforme Ângelo (2020) é importante assegurar que não se sacrifique demasiadamente a convivência familiar, garantindo que o genitor que não reside com a criança tenha contato constante com o filho, ainda que virtual ou telefônico, a fim de que a suspensão do contato físico não implique a fragilização do vínculo afetivo.

Diante de todos esses aspectos de risco tanto para a criança como para os idosos, foi pensado em um cenário de visita virtual, onde de acordo com Cunha (2020) com o avanço tecnológico esse direito ficou mais fácil de manusear pois cada vez mais as crianças e os adolescentes estão conectadas à internet com aparelhos celulares ou outros aparelhos, de modo que a geração Z ou *pós-millenial*.

Sendo assim, a tecnologia é um prolongamento da vida e se tornou a principal forma de entender e interagir com o mundo, portanto, a visita virtual pode ser uma escolha mais segura e pode garantir que os avós exerçam seus direitos junto aos pais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme Simão (2020) há ainda uma ajuda da tecnologia que auxilia na maior aproximação dos netos com os avós com a criação de jogos eletrônicos em que há a interação entre avós e netos, são trocas de gerações que devem ser valorizadas e realizadas com um tempo adequado.

Por falar em tecnologia, no dia 10 de abril de 2020, a revista Veja trouxe uma matéria sobre o "corona vírus: a avó cria um diário virtual para netos isolados". O volume de pesquisa da plataforma para serviços de armazenamento de vídeo, áudio, foto e texto em álbuns digitais aumentou 25%.

Contudo, ainda com toda a tecnologia avançada presente em nossa sociedade, alguns juízes decidiram por serem favorável ao direito dos avós e da convivência com os netos, mesmo durante a pandemia, pois acreditavam que a participação destes são fundamentais e tais decisões serão analisadas no próximo capítulo.

5 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL A RESPEITO DAS NOVAS FORMAS DE VISITAS E O ACESSO A ERA DIGITAL

Para Guerra (2020) sobre a convivência familiar entre avós e netos deve ocorrer a suspensão temporária das visitas presenciais enquanto viger a situação de emergência para o combate da pandemia do novo corona vírus, devendo o contato dos avós com os netos ser realizado por meios digitais. O fundamento da deliberação foi, justamente, a preponderância do direito à saúde, a fim de impedir a vivência de situações que possam acarretar a contaminação pelo corona vírus.

Em decisão atual o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná entendeu que:

> **COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE MARINGÁ - FORO CENTRAL DE MARINGÁ 2ª VARA DE FAMÍLIA E SUCESSÕES DE MARINGÁ – PROJUDI**
>
> Processo: XXX
>
> Classe Processual: Regulamentação de Visitas Assunto Principal: Regulamentação de Visitas
>
> Valor da Causa: R$100,00 Polo Ativo (s):
>
> Polo Passivo (s): XXX
>
> Vistos etc.

- Cuida-se de Ação de Regulamentação de Visitas, tendo sido homologado acordo provisório quanto às visitas avoengas em seqs. 119 e 126.

A parte ré, em seq. 171, pede a suspensão temporária das visitas presenciais enquanto durar o estado de calamidade, mantendo-se o contato dos avós com os netos por meios digitais, em razão da pandemia de coronavírus. Sustenta que há risco de contágio dos filhos, especialmente porque o corréu trabalha em hospitais.

O Ministério Público manifestou-se pela suspensão das visitas dos autores, por 30 (trinta) dias, mantendo-se o convívio por meio eletrônico, via telefone ou videoconferência.

É o relatório. DECIDO.

Desde março deste ano, como sabido e ressabido por todos, a Organização Mundial de Saúde – OMS declarou que estamos enfrentando uma pandemia, em razão da disseminação em nível mundial do novo coronavírus (COVID-19), que já vitimou e continua vitimando milhares de pessoas em todo o mundo.

Destarte, não há dúvidas de que estamos todos vivendo em uma situação excepcional, que diante de sua anormalidade demanda a tomada de medidas excepcionais pelo Poder Público como um todo, inclusive pelo Poder Judiciário.

Não obstante a grande importância do direito à convivência familiar para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, entende-se que no caso em exame deve preponderar o direito à saúde, a fim de impedir que as crianças e os adolescentes vivenciem situações que possam acarretar sua contaminação pelo novo coronavírus.

Assim, entende-se que está plenamente justificada a suspensão da convivência familiar presencial de crianças e adolescentes com parentes enquanto durar a pandemia do COVID-19.

Por outro lado, é de todo recomendável que o contato à distância entre as crianças e os adolescentes e seus parentes, seja por ligações telefônicas, mensagens, videoconferências ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> qualquer outro meio tecnologicamente possível deve ser mantido, a fim de que os laços de afinidade e afetividade sejam preservados.
>
> Pelo exposto, DEFIRO o requerimento formulado no seq. 171 para suspender as visitas presenciais avoengas enquanto viger no Estado do Paraná a situação de emergência para o combate da pandemia do novo coronavírus (COVID-19), determinando que até então sejam mantidos contatos regulares à distância entre os netos e os avós.
>
> Intimem-se.
>
> Maringá, 02 de abril de 2020.
>
> Juiz de Direito Substituto

No caso em tela, foi decidido pelo melhor interesse da criança, seja ela permanecendo sem a visita dos avós, para que garantisse o isolamento social diminuindo os riscos de infecção da doença.

Essa foi uma das decisões sobre o direito de visita que chegou a ir para o judiciário durante a pandemia, vale ressaltar que muitos acordos foram feitos, inclusive na esfera extrajudicial, e em se tratando do direito de visita dos avós esse risco chega a duplicar pois o risco de vida dos idosos são mais agravados quando se compara as demais pessoas.

Não menos importante, sobre o direito de visitas dos avós durante a pandemia a 3ª turma do STJ se pronunciou sobre esta questão julgando improcedente o pedido de regulamentação de visitas periódicas de avô paterno ao neto menor de idade diagnosticado com transtorno do espectro do autismo. Segundo o colegiado, a decisão em caráter excepcional leva em conta o dever de máxima proteção do menor e da vida do avô.

Sendo assim, mecanismos de contato virtual são os mais adequados neste momento de pandemia, ainda que muitos lugares tenham voltado ao seu funcionamento normal não é normal que retornem as visitas visto o grande risco à saúde das crianças e dos avós. Ferramentas como vídeo camada no WatsApp, vídeo conferência por zoom, skape e facetime são as soluções encontradas no momento, para que não prejudique a relação de convívio entre avós e netos.

Essas são medidas primordiais a serem tomadas diante do isolamento e em casos de justiça o juiz deve determinar a hora e a data da reunião virtual, ou em casos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de comum acordo as próprias partes podem combinar. Além de estabelecerem as atividades diárias da criança, cronograma, tempo de estudo onde a idade da criança deve ser considerada, entre outros.

Não se omite aqui os infoexcluídos (aqueles que não possuem acesso aos meios tecnológicos virtuais como celulares e internet ou até mesmo por não ter intimidade ou não conhecer a tecnologia), para estes, de acordo com Simão (2020) haverá efetivamente o rompimento (temporário, provisório) trágico do contato entre pais e filhos ou avós e netos. Não tendo portanto outra alternativa para esse momento de pandemia.

6 CONCLUSÃO

A pandemia Covid-19 veio implementando muitas mudanças nos comportamentos e estilos de vida, até porque a transmissão pode ocorrer de pessoa para pessoa ou por meio do contato com superfícies onde o vírus pode sobreviver por um período de tempo

A doença ainda pode afetar todas as faixas etárias, desde crianças até idosos. Todas essas pessoas infectadas podem infectar outras de uma vez, e o isolamento social foi a alternativa necessária para que se evitasse este contágio.

Os idosos são os principais membros dos casos graves. Portanto, durante esta pandemia, foi recomendado que estes evitassem o contato físico entre eles e seus netos ou filhos, pois mesmo crianças assintomáticas e com boa saúde podem transmitir o vírus aos avós (ou aos netos se estiverem infectados).

Desta forma, conforme a presente pesquisa, restou comprovado que foi necessário haver a mudança no comportamento de avós e netos, não excluindo a convivência no geral pois essa é extremamente importante para o desenvolvimento da criança ou adolescente, mas conforme novos dispositivos, acordos extrajudiciais e judiciais ficou resguardado o direito de visita dos avós que ocorrerá no formato online ou nos casos em que os avós ou netos não possuam determinada tecnologia poderão ser feitos presencialmente desde que não ocorra o contato físico.

Contudo, o sucesso desse comportamento depende não apenas da concordância do afastamento físico, é importante evitar essa doença, mas também de uma compreensão mais profunda do que ela representa, que tem valor inevitável para o futuro de toda a família.

E independentemente da solução acordada, é importante garantir que a convivência familiar não seja sacrificada em demasia e que os pais ou avós que não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

morem com os filhos mantenham contato constante com estes, mesmo virtual ou por telefone, para evitar a suspensão que o contato físico implica no enfraquecimento dos laços emocionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 25 de Agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.398/11**. promulgada em 28 de Março de 2011. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/1027229/lei-12398-11. Acesso em: 25 de Agosto de 2020.

BORGES. Gabriella Carvalho. **Histórico do Direito de Família Brasileiro no ordenamento jurídico Brasileiro.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/56158/historico-do-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acesso em 02 de Setembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 11ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 30°ed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAZETA. **Mudanças provocadas pelo Corona Vírus**. Disponível em: https://www.agazeta.com.br/es/economia/entenda-as-transformacoes-que-o-coronavirus-provocou-no-mundo-0520. Acesso em 29 de Agosto de 2020.

GUERRA. Camila. **Flexibilizações jurisprudenciais em direito de família em decorrência da pandemia.** Disponível em: https://ccamilaguerra.jusbrasil.com.br/artigos/832648037/flexibilizacoes-jurisprudenciais-em-direito-de-familia-em-decorrencia-da-pandemia-do-coronavirus-covid-19?ref=feed. Acesso em 20 de Outubro de 2020.

IBDFAM. Análise jurisprudencial. Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/conteudo/covid19decisoes. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 8ª Edição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARQUES. Brenda. **Visitas aos idosos devem ser limitadas ao essencial**. Disponível em: https://noticias.r7.com/saude/visitas-a-idosos-devem-ser-limitadas-ao-essencial-diz-especialista-22032020. Acesso em 12 de Setembro de 2020.

PEREIRA. Rodrigo Cunha. **O que muda no Direito de Família coma pandemia do Corona Vírus? .** Disponível em: https://www.rodrigodacunha.adv.br/direito-de-familia-pandemia-do-coronavirus-o-que-sabemos-ate-agora/. Acesso em 01 de Setembro de 2020.

PESSOA. José. **Corona Vírus, como fica a relação de avós e netos**. Disponível em: https://www.spsp.org.br/2020/04/08/coronavirus-como-fica-a-relacao-de-avos-e-netos/. Acesso em 28 de Setembro de 2020.

PIMENTA. Tatiana. **Isolamento social: o que é, como tê-lo.** Disponível em: https://www.vittude.com/blog/isolamento-social/. Acesso em 28 de Agosto de 2020.

PRETEL. Mariana. **Nova Lei que assegura o Direito dos Avós**. Disponível em: https://www.oabsp.org.br/subs/santoanastacio/institucional/artigos-publicados-no-jornal-noticias-paulistas/nova-lei-assegura-o-direito-de-visitas-aos-avos. Acesso em 01 de Setembro de 2020.

SIMÃO. José Fernandes. **Direito de família em tempos de pandemia.** Disponível em: https://www.ibdfam.org.br/artigos/1405/Direito+de+fam%C3%ADlia+em+tempos+de+pandemia%3A+hora+de+escolhas+tr%C3%A1gicas.+Uma+reflex%C3%A3o+de+7+de+abril+de+2020. Acesso em 05 de Outubro de 2020.

SANAR SAÚDE. **Pandemias na História: o que há de semelhante com o novo Covid-19**. Disponível em: https://www.sanarmed.com/pandemias-na-historia-comparando-com-a-covid-19. Acesso em 02 de setembro de 2020.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. **"Pandemia"**; *Brasil Escola*. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/doencas/pandemia.htm. Acesso em 02 de setembro de 2020.

SILVIA. Felipe Margazão. **Direito de Família e pandemia: tempos de reflexão e transformação.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/324495/direito-de-familia-e-pandemia-tempo-de-reflexao-e-transformacao. Acesso em 01 de Setembro de 2020.

VIEIRA. Claudia. **Magistrado suspende as visitas avoengas durante o período de pandemia.** Disponível em:

https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/830036678/magistrado-suspende-as-visitas-avoengas-durante-o-periodo-da-pandemia-de-coronavirus?ref=feed. Acesso em 20 de Outubro de 2020.

NOTAS:

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

[2] Orientadora professora do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA Teresina-PI. Mestre em Direito pela Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail*: julianaevaristo40@hotmail.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

QUANDO O AFETO SUCUMBE À MÁGOA ALHEIA: DANO MORAL E RESPONSABILIDADE CIVIL NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL

PAULO VINICIUS ALMEIDA GUIMARÃES MORAIS:
Acadêmico do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão – UNISULMA.

THIAGO VALE PESTANA[1]

(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo conhecer os critérios adotados pelos julgadores na identificação de Alienação Parental e na fixação de valores indenizatórios por dano moral em razão da Alienação Parental. Utilizou-se como metodologia um estudo do tipo descritivo com enfoque na revisão da literatura. Os resultados demonstraram que os critérios observados para identificação do dano moral pelos julgadores são aqueles expressos no art. 2º da Lei Federal nº 12.318/2010 que possui rol meramente exemplificativo. Percebeu-se que dano moral são atos que prejudicam um terceiro indivíduo, indo além da mera quebra de um compromisso e agride à própria dignidade da pessoa A jurisprudência observa para caracterização do dano, a existência de seus elementos da responsabilidade civil, conduta, nexo de causalidade e o dano gerado em razão da alienação parental. No mais, para determinação do dano moral é observado o caso concreto, fazendo uso quando necessário de equipe multiprofissional e de perícia quando indicada para análise da situação junto ao infante. Chegou se a conclusão que o dano moral no ordenamento pátrio em razão de Alienação Parental é possível, no entanto, é preciso certas ressalvas quando se adentra no direito da família, necessitando assim, do aprofundamento no caso concreto.

Palavras-Chave: Alienação Parental. Dano Moral. Direito da Família.

ABSTRACT: The present study aims to know the criteria adopted by the judges in the identification of Parental Alienation and in the establishment of indemnity values for moral damage due to Parental Alienation. A descriptive study with a focus on literature review was used as the methodology. The results demonstrated that the criteria observed for the identification of moral damage by the judges are those expressed in art. 2 of Federal Law nº 12.318 / 2010, which has a merely illustrative list. It was noticed that moral damage are acts that harm an individual third party, going beyond the mere breach of a commitment and attacking the person's own dignity The jurisprudence observes for the characterization of the damage, the existence of its elements of civil responsibility, conduct, nexus of causality and the damage caused by parental alienation. Furthermore, in order to determine moral damage, the specific

case is observed, making use when necessary of a multidisciplinary team and of expertise when indicated to analyze the situation with the infant. The conclusion was reached that moral damage in the parental system due to Parental Alienation is possible, however, certain reservations are necessary when entering into family law, thus requiring further study in the specific case.

Keywords: Parental Alienation. Moral damage. Family Law.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento: 2.1 O cuidado, o afeto e o amparo como deveres decorrentes das relações familiares; 2.2 Dano moral e responsabilidade civil no contexto do direito das famílias; 2.2.1 Pressupostos gerais da responsabilidade civil objetiva e subjetiva; 2.3 A alienação parental como conduta geradora de responsabilidade civil. 3. Metodologia: 3.1 Tipo de pesquisa; 3.2 Instrumento de coleta de dados: 3.2.1 Análise dos dados; 3.2.2 Resultados; 3.2.3 Discussão. 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, o ato de alienação parental é conceituado como uma grave interferência psicológica no desenvolvimento da criança ou adolescente, desencadeada por um dos genitores ou outro responsável. Apesar de haver norma específica que trata sobre o tema (Lei Nº12.318/2010) que dentre outras coisas, prevê a conceituação de atos observados como alienação parental e a sanções cabíveis nestes atos, ainda é incerta a discussão quanto aos critérios adotados pelos julgadores quanto a responsabilização civil em decorrência dano sofrido pelo alienado.

A metodologia utilizada no estudo fundamentou-se em estudo do tipo descritivo com enfoque na revisão da literatura que tratava do tema investigado. Como instrumento para coletar os dados, foi utilizada uma tabela para fichamento, que incluiu o título do trabalho, os objetivos propostos, ano de publicação e palavras chaves. A revisão da literatura consultou teóricos como José de Aguiar dias, Flávio Tartuce e Katia Zambon.

A pesquisa tem como objetivo, conhecer os critérios adotados pelos julgadores na identificação de Alienação Parental e na fixação de valores indenizatórios por dano moral em razão da Alienação Parental. O estudo está organizado por capítulos, sendo discutido a partir do capítulo dois quanto ao cuidado e afeto em decorrência das relações familiares, a demonstração da evolução social e normativa do conceito de família. Logo a seguir, o subcapítulo que trata sobre dano moral e responsabilidade civil no direito familiar e seus pressupostos legais apresenta-se os conceitos e definições de dano moral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Posteriormente, trata-se da alienação parental como conduta que gera responsabilidade civil trazendo as definições e detalhamento quanto aos aspectos envolvidos na alienação parental. Em seguida é apresentada a metodologia do estudo no capítulo três em conjunto com os resultados encontrados e sua discussão. Por fim, no capítulo quatro é feita a conclusão do estudo.

Foi possível concluir que a jurisprudência observa na caracterização do dano, a existência de seus elementos da responsabilidade civil, conduta, nexo de causalidade e o dano gerado em razão da alienação parental. Sendo observado também o caso concreto com utilização do contexto probatório, inclusive com utilização de perícia quando necessária.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 O cuidado, o afeto e o amparo como deveres decorrentes das relações familiares

O conceito de família tem sido modificado ao longo dos tempos, conforme foram se modificados nas sociedades de acordo com os aspectos sociais, culturais, econômicos, políticos e religiosos. Assim o entendimento anterior de que família é formada por pai, mãe e filhos já não existe de forma isolada, sendo aceitos outros conceitos mais modernos (DIAS, BASTOS e MORAES, 2009).

Diante a evolução da sociedade o conceito de família mudou e hoje, este conceito não prevê mais a prevalência da vontade paterna, tendo ambos o conjugues direitos iguais, sendo extinto o poder patriarcal da relação conjugal frente ao judiciário, tendo, portanto, qualquer umas das partes o direito de recorrer à justiça caso sinta-se inconformado (FONSECA, 2007).

Conforme afirma Oliveira (2010), o conceito tem passado por inúmeras alterações conforme se observa:

> O conceito de família mudou ao longo dos anos porque a sociedade exigiu. Hoje, o que temos é não mais o homem como chefe de família. A obrigação de sustento da casa e dos filhos é tanto do pai como da mãe. Com a emancipação feminina, a mulher deixou de ser submissa ao marido, além de poder decidir o momento de ter filhos. Muitas famílias são formadas sem a presença de filhos porque não é mais exigida a procriação. O objetivo da família moderna é manter a afetividade, a comunhão; é viver bem para que a sociedade esteja bem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A família da atualidade é vista com características diferentes das famílias do passado, não possui modelo único, pode ser monoparenteal, tradicional (pai, mãe e filhos), substituta, formada por homossexuais, ou somente formada por um grupo de pessoas que decidem conviver em razão da afetividade. Assim, é possível considerar que haja família mesmo não existindo laços consanguíneos, o principal fator hoje em dia é o afeto, amor e felicidade comum (DIAS, 2011).

No entanto, em decorrência da grande demanda quanto ao trabalho, a falta de amor enquanto afeto e o estresse provocado pelo convívio, cada vez mais há o instituto da separação/divórcio na vida dos cônjuges, o que em muitos casos é provocado por traições, falta de desejo, rejeição entre outros motivos, o que acaba evidenciando a raiva um pelo outros após a separação, implicando inclusive no desenvolvimento de crianças, sendo estas utilizadas como armas para provocar o sofrimento do parceiro (PINHO, 2020).

Na seara jurídica, tendo por base o texto da Constituição Federal de 1988, tratando- se da ordem social, tem se o seguinte entendimento quanto a instituição familiar:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

> **§ 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, 1988).

Fica claro, que apesar da evolução da época, este conceito entrou em desuso atualmente, sendo considerados outros conceitos mais atuais, e não mais se fala que a família é apenas a união estável entre homem ou a união de um dos pais e os descendentes. Por isso, atualmente diz-se que esta previsão Constitucional não é taxativa quando elenca os arranjos familiares, sendo considerado também qualquer outra entidade baseada no afeto, isso ocorre, principalmente em decorrência da busca pela manutenção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, seguindo entendimento de Gonçalves (2010), entende se que:

> A família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função. Essas linhas de tendências enquadram-se no fenômeno jurídico-social denominado repersonalização das relações civis, que valoriza o interesse da pessoa humana mais do que suas relações patrimoniais.

O conceito de família que antes era marcado pelo vínculo biológico quando da família patriarcal, segundo Lôbo (2009) continua essencial para a delimitação do conceito de família no Direito e para o arranjo familiar. No entanto, o novo arranjo conceitual de família é delineado especificamente no seio das relações afetivas, ou seja, baseado no afeto, assim como no vínculo biológico.

2.2 Dano moral e responsabilidade civil no contexto do direito das famílias

Dadas as definições de dano trazidas por Gonçalves (2012) depreende se que dano é qualquer lesão ao bem jurídico, incluindo-se ai o dano moral. Porém, em sentido estrito dano é a lesão do patrimônio. Conforme o autor supra, nem todo dano é ressarcível, somente os que preenchem requisitos de certeza e atualidade. Assim, para ser ressarcido, o dano deve ser certo, o que implica o não reconhecimento de danos hipotéticos e/ou eventuais. No mais, diz-se que o dano deve ser atual, relaciona-se com o fato deste existir no tempo da propositura da ação que visa restaurá-lo.

Relacionado ao dano moral, pontua-se que este é conceituado como aquele que atinge o ofendido como pessoa, lesando seus direitos voltados a personalidade, conforme se observa de forma expressa no texto da Carta Maior de 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união
>
> indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em
>
> Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana;
>
> (...)."
>
> "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 (BRASIL, 1988).

Neste sentido, quando violados essas garantias extraídas do texto constitucional, principalmente aquelas que se relacionam a dignidade da pessoa humana, enseja na reparação em decorrência do dano moral. Assim, é possível dizer que o ressarcimento por dano moral, é o dever de indenizar quem tem seus sentimentos e/ou sensações violados, ou seja, quando a vítima em razão dos direitos supramencionado, experimenta sensações de dor, vexame, humilhação, sofrimento

que fogem a normalidade e interfere diretamente no seu comportamento psicológico (TARTUCE, 2012).

Assim, percebe-se que existe uma linha tênue entre o dano moral e o mero aborrecimento. O dano moral é visto como aquele que causa lesões mais graves ao direito de personalidade, levando ao abalo psicológico da vítima. Em razão de trata-se de ocorrência relacionada ao interior da personalidade humana, a comprovação do dano moral não exige prova em concreto, salvo os devidos casos especiais. Havendo, portanto, presunção absoluta.

Ao que tange a responsabilidade civil, Conforme Tartuce (2012) esta nasce quando há o descumprimento de uma obrigação em razão da quebra de regra contratual ou pelo fato de determinada pessoa desobedecer à norma que regula a vida.

Conforme Dias (2006) a palavra responsabilidade deriva do latim *respondere* e significa a obrigação a ser assumida por alguém em razão das consequências jurídicas causadas por sua atividade danosa

2.2.1 Pressupostos gerais da responsabilidade civil objetiva e subjetiva

Conforme Dias (2006) relacionado aos tipos de responsabilidades, esta podem ser divididas em duas, há com isso uma regra dual de responsabilidade civil. A primeira, denominada responsabilidade objetiva é aquela que dispensa a ideia de culpa na sua concretização, baseada na teoria do risco, sendo vista como exceção à regra, neste tipo de responsabilidade há uma simplificação dos requisitos observados para a reparação do dano (SCHREIBER, 2013).

Já a responsabilidade civil subjetiva no Direito brasileiro é a regra, tendo como pressuposto a culpa, ou seja, ninguém poderá ser responsabilizado sem ter agido com culpa. Assim, cabe ao Estado o dever de punir o ilícito, buscando reparar o dano, impondo deveres aos cidadãos para reparar o bem-estar social (FONTENELE, 2020).

> O Código Civil brasileiro, adotou orginalmente a teoria subjetiva, como se infere da leitura do já mencionado artigo 186 do Código Civil, que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de indenizar. Esta é a regra geral da responsabilidade civil (ZAMBON, 2014).

Desse modo temos que, quando ocorre uma violação de um dever jurídico por meio de conduta que seja consciente, ou seja, com existência de dolo ou culpa e que provoque danos a terceiros, estará presente então os pressupostos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

responsabilidade subjetiva que é previsto no artigo 186 do Código Civil que traz a seguinte redação: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

Dito isso, observa-se, portanto, que a teoria da culpa segue sendo o princípio norteador da responsabilidade civil, ou seja, a essência dessa responsabilidade subjetiva é baseada na conduta do agente que ocasiona prejuízo à vítima. Desse modo, verificada a inexistência de dolo ou culpa na conduta do agente, ficará afastada a responsabilidade e o efeito indenizatório. Na ausência de culpa não há que se falar em responsabilidade civil (FONTENELE, 2020).

2.3 A alienação parental como conduta geradora de responsabilidade civil

A palavra alienar e parental tem significado de tornar alheio; ceder; transferir; alucinar. Sendo assim, a junção das duas palavras "alienar e parental", tem como significado, descrever uma conduta que nos últimos anos tem chamado a atenção da sociedade em geral, evidenciada pela grande preocupação do poder judiciário sobre o tema (FONTENELE, 2020).

Tal preocupação por parte do poder judiciário se dá pelo fato da pessoa que possui ou não a guarda da criança denegrir a imagem da outra perante a criança e utilizar-se de má fé para satisfazer os seus interesses.

Portanto, a alienação parental é a desconstituição da figura de um dos genitores diante a criança. Ou seja, é a desmoralização e/ou a marginalização desse genitor (DUARTE, 2010).

No art. 2º da Lei 12.318/2010 está implícito a definição de alienação parental (AP) que conceitua que:

> Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelas avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Desta forma, fica evidente que não apenas os genitores podem cometer tal crime, mas também qualquer um dos familiares que possam a vir a utilizar-se da criança para prejudicar outrem, e por isso, podem também serem responsabilizados.

Geralmente a alienação acontece visto que o ex-cônjuge, principalmente o detentor da guarda da criança, tenta afastar o filho do relacionamento com o outro genitor, promovendo o que conhecemos com alienação parental. Diante tal comportamento, poderá ocorrer uma síndrome na criança, que fica evidenciada com o apego excessivo e exclusivo do filho com um dos genitores, que é conhecida como síndrome da alienação parental (OLIVEIRA, 2010).

Conforme Tartuce (2012) percebe-se que a alienação parental da criança, pode leva-la a desenvolver a "síndrome da alienação parental" que é caracterizada pelo apego excessivo da criança com um dos genitores ou familiar, em consequência do afastamento induzido pelo familiar que possui a guarda da criança. A criança que sofre alienação parental se nega terminantemente a manter qualquer contato com um dos genitores, independentemente de qualquer razão ou motivo para que isso aconteça.

Entende-se que este fenômeno deriva de um sentimento neurótico, ou seja, o genitor alienador não consegue perceber que o filho é diferente dele, utiliza-se de mecanismos para manter o filho com os mesmos sentimentos que ele próprio sente do outro genitor.

Considera-se a alienação parental como uma patologia psíquica gravíssima que acomete um dos pais da criança que deseja afastar qualquer tipo de vínculo da criança com o outro genitor, manipulando a criança para que atenda unicamente aos seus desejos (DIAS, 2011). Diante disso, salienta-se que a alienação parental a partir da lei 12.318/2010 é ato ilícito, que por si só conforme a melhor doutrina, já enseja em indenização**.**

3 METODOLOGIA

3.1 Tipo de pesquisa

O estudo se apresenta como do tipo descritivo com enfoque na revisão da literatura que trata desta temática. Neste sentido, a revisão da literatura contribui para a construção de uma análise ampla do que já foi discutido quanto ao tema, sendo possível realizar discussões sobre os métodos e os resultados dos estudos analisados (MENDES, SILVEIRA e GALVÃO, 2008).

A revisão da literatura cobre todo o material relevante que é escrito sobre um tema: livros, artigos de periódicos, artigos de jornais, registros históricos, relatórios governamentais, teses e dissertações e outros tipos como Jurisprudência de Tribunais e notas informativas. Os estudos do tipo descritivo visam observar, registrar e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

descrever as características de um determinado fenômeno ocorrido em uma amostra ou população (GIL, 2020).

Dessa forma, através da consulta da literatura é possível discutir de forma mais efetiva quanto ao dano moral em decorrência da alienação parental, sendo possível apresentar resultados advindos da doutrina, bem como de julgados quanto a este fenômeno e verificar os mecanismos institucionais que são utilizados para coibir tal conduta.

3.2 Instrumento de coleta de dados

Como instrumento para coletado de dados, foi confeccionado uma tabela para fichamento, que inclui o título do trabalho, os objetivos propostos, ano de publicação e palavras chaves. A coleta de dados ocorreu durante os meses de setembro e outubro de 2020. Sendo as palavras chaves utilizadas para realização a pesquisa: Alienação parental; Dano Moral; Responsabilidade Civil. Como critério de inclusão dos julgados pesquisados, buscou-se os de cunho nacional, e que abarcava a temática de responsabilização civil ou não em decorrência de dano moral por conduta de alienação parental.

3.2.1 Análise dos dados

Para realização da revisão da literatura, foram adotadas as seguintes etapas: 1ª Identificação do tema e seleção das hipóteses; 2º Definição dos critérios de inclusão e exclusão; 3ºDefinição das informações que são extraídas dos estudos analisados; 4ºAvaliação crítica dos estudos incluídos na revisão e 5º a interpretação dos resultados, seguida da apresentação da revisão.

3.3.2 Resultados

A seguir são apresentados os principais julgados que tratam da temática dano moral em decorrência de alienação parental no Brasil. Sendo apresentadas decisões favoráveis ou não, buscando a discussão posteriormente quanto a estes critérios que foram adotados.

De acordo com julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, observa-se que o dano moral em razão da alienação parental é plenamente possível, conforme se observa na (apelação cível Nº 70082625955), Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, onde ficou disposto que, o pedido de reparação em decorrência de dano moral é possível uma vez que está previsto no ordenamento jurídico nacional. No entanto, a ação foi negada em razão da inexistência de conduta ilícita. Devendo em todo caso, o agir com cautela no âmbito do direito da família,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

devendo ficar configurado a agressão ao direito de alguém e a configuração do dano, seja material ou moral.

> [...] exige-se a violação de um direito da parte, da comprovação dos fatos alegados, dos danos sofridos e do nexo de causalidade entre a conduta desenvolvida e o dano sofrido. 3. No caso, não restou comprovada a alienação parental e não ficou evidenciado que a genitora tenha levantado a suspeita de possível abuso sexual de forma imotivada ou dolosa, mas com base em fato relatado pela criança, motivo pelo qual esta situação não é capaz de gerar dano moral. 4. Alienação parental também não restou demonstrada nos autos, pois, o fato de a genitora ter acreditado que poderia ter ocorrido abuso sexual com a filha por parte do genitor, se deu por haver indícios do fato, o que não restou comprovado nos autos criminais, nem neste processo, tendo sido restabelecida a convivência paterno filial, nada havendo a ser indenizado[...].

Neste sentido, observa se que o pedido de reparação do dano é possível, desde que seja reconhecida uma conduta ilícita de um dos genitores, exigindo, no entanto, muita cautela em razão da sensibilidade do tema no âmbito do Direito da Família. Em casos de falsas alegações por um dos genitores, o pedido de indenização por dano moral é cabível em razão dos efeitos danos causados na vida do acusado injustamente, situação esta que não foi observada no julgamento supracitado.

Outro caso que pode gerar pedido por dano moral é desobediência de um dos conjugues a decisão judicial que proíbe o direito de visitação aos filhos. No entanto, o pedido de indenização somente será cabível quando a sentença em desfavor do réu for transitada em julgado, não cabendo pedido de indenização pelo descumprimento à visitação enquanto a ação poder ser reanalisada em juízo. Conforme se observa na Apelação Cível, Nº 70073074908, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, onde foi negado provimento do apelo.

> [...]Conforme ser verifica do caderno probatório, não restou comprovado que a apelada agiu dolosamente ao imputar-lhe à prática de abuso sexual contra a filha menor e, in casu, especificamente ao afirmar que tenha descumprido a ordem judicial para não se aproximar da menina. Refiro que a afirmação deste juízo de que houve ou não o abuso sexual, ou ainda, se ocorre ou não, a alienação parental contra o autor, além de não ser competência deste juízo, seria temerária, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que pese a sentença correlacionada aos autos ser favorável ao autor, que destaco "não possui trânsito em julgado" e não possui o condão de vincular a presente ação. Outrossim, cabe ressaltar, que tramita ainda, ação penal ajuizada em desfavor do autor - processo distribuído sob nº 029/2.12.0010661-0, **ação esta pendente de julgamento**. Desta sorte, entendo que a conduta da mãe que se limitou a informar a polícia o descumprimento da ordem judicial do autor de encontrar a menina que afirmou ter visto o pai na visitação, foi o que levou a apela a informar o fato nos autos da aça penal, o que decorre do exercício regular de um direito, não havendo que se falar de ato ilícito. Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME[...]

Vale destacar, no entanto, que condutas de distanciamento de um dos conjugues isoladamente, não oportuniza o pedido de indenização por dano moral, conforme se observa em apelação Cível (**Apelação Cível, Nº)** movida por um dos conjugues no caso concreto na sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

> [...] o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filha, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. 5. Alienação parental também não restou demonstrada nos autos, pois, o fato de o alimentante ter atrasado o encargo alimentar por inúmeras vezes não caracteriza a alegada alienação parental. Recurso desprovido.

Conforme Julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, casos de discussões que tenha em seu teor palavras que não sigam um padrão de linguagem, não gera dano moral pois não viola nenhum direito da personalidade que atinja o

sentimento de dignidade do ofendido, requisito para que seja evidenciado o dano, conforme se observa a seguir:

> [...]Não podemos nos afastar da ideia da função social do direito, de maneira que, o processo não deve ser utilizado como instrumento de fomentação da discórdia entre as pessoas, mormente, em se tratando de mãe e filhos.
> 4. Em regra, as questões judiciais que envolvem relações familiares, em muitos casos devem ser analisadas com um foco mais voltado para a reaproximação entre os litigantes, de maneira que, mesmo se estivesse demonstrada a ocorrência do dano de natureza extrapatrimonial, tenho dúvidas se eventual condenação de uma das partes seria realmente o melhor caminho a ser trilhado.
> 5. No processo de desfazimento de uma união conjugal, é normal, ainda que lamentável, algumas arestas não ficarem suficientemente resolvidas. Quase sempre ficam algumas mágoas, ressentimentos, raivas que somente com o tempo e com a vontade dos envolvidos é que resolvem.
> Por fim, lembro que o dano moral decorre de uma violação a direitos da personalidade, atingindo o sentimento de dignidade da vítima. No caso em julgamento, como dito antes, mesmo que os diálogos travados entre, principalmente, mãe e filha (adolescente) não sigam um padrão de linguagem aceitável ou recomendável, não tem o condão de violar algum direito da personalidade a justificar a condenação em dano moral.
> 6. Recurso desprovido

No mais, fica evidenciado que o dano moral deve ser verificado quanto aos seus requisitos legais, conforme supra exposto, não devendo ser utilizado como mera censura de comportamento, fato que pode ser resolvido com mero diálogo entre os conjugues.

> [...]conquanto as mensagens eletrônicas encaminhadas entre os litigantes (as quais ficaram restritas aos e-mails particulares) ostentem certo conteúdo ofensivo, com palavras de baixo calão, tais ressentimentos são típicos do fim de um relacionamento havido entre eles, não tendo o condão de caracterizar um abalo moral passível de compensação econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...]para a caracterização da síndrome de alienação parental, faz-se imprescindível a realização de estudos psicossociais com a criança, a fim de permitir uma avaliação detalhada do seu estado psíquico (existência, ou não, de um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito da figura paterna). Não obstante a parte tenha acostado aos autos o parecer crítico, convém ressaltar que tal documentação fora produzida unilateralmente, cuja parcialidade é manifesta, razão pela qual o seu conteúdo é irrelevante para fins de reparação por danos morais.
>
> 8. A intensidade dos problemas vivenciados pelos ex-conviventes, com reflexos diretos em relação à filha, inclusive, envolvendo órgãos públicos, revelam a necessidade das partes de reavaliarem suas condutas. O dano moral não pode operar como mecanismo para a censura comportamental que poderia ter sido resolvida com uma boa conversa sem interferência estatal
> 9. Recurso conhecido, preliminar de nulidade, por julgamento citra/infra petita, rejeitada e, no mérito, desprovido. Registro do Acórdão Número: 649855

Assim, conforme se evidencia, há de se considerar que o desfazimento de uma união duradoura tende a gerar situações de conflitos que até certo ponto podem ser entendidas como normais, apesar de inoportunas para a criança, devendo nestes casos, haver vontades conjuntas para solução destes conflitos, encerrando se qualquer projeção de violação de direitos da personalidade e, configuração de dano moral. Neste sentido, a seguir apresenta-se discussão mais detalhada quanto aos critérios adotados, bem como as condutas contemporâneas adotas pelos Tribunais no Brasil acerca do dano moral em decorrência de Alienação Parental.

3.3.3 Discussão

De acordo com os julgados consultados, observa-se que para a identificação do dano moral em casos de alienação parental, são considerados critérios conforme previstos na Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que em seu art. 2º parágrafo único exemplifica quanto às formas de alienação parental.

Vale ressaltar que esta lista presente na norma é meramente exemplificativa, não exaustiva, devendo serem considerados também os casos que são observados pelo juiz, os detectados através de perícia e aqueles casos que são evidenciados à ajuda de terceiros para configurar a prática de alienação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
>
> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação

Neste sentido, o Parágrafo único deste mesmo artigo expõe que são situações que configuram Alienação Parental, realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; dificultar o exercício da autoridade parental; dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós e ainda, aquele verificados pelo Juiz por meio do contexto probatório, inclusive com auxílio da perícia (BRASIL, 2010).

Conforme explicita Oliveira (2010) esta prática é evidenciada quando um dos genitores ou familiares se aproveita do convívio diário para impor falsas percepções ou distorção da realizada sobre atos praticados em desfavor do outro genitor ou família, levando a criança ao seu afastamento, interferindo na formação psicológica.

Quanto ao dano moral, nos julgados pesquisados os julgadores consideram dano os atos prejudiciais que são praticados que por uma das partes, equivalentes a qualquer outro ato ilícito perpetrado por qualquer indivíduo contra outro indivíduo. Em caso tais, faz-se indispensável demonstrar que o fato extrapola o problema da mera quebra de compromisso, para se enquadrar na agressão à dignidade da pessoa. Esse dever geral de respeito à pessoa do convivente subsiste até mesmo depois de dissolvida a sociedade conjugal (SERGIO, 2012).

No mais, observa-se que a Jurisprudência pesquisada considera caracterizado o dano moral nos casos que ficam devidamente comprovado os seus requisitos da responsabilidade civil, ou seja, a conduta, o nexo causal e o dano que decorre da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

alienação parental, sem estes elementos, fica impossibilitada a demanda que busca configurar dano em razão de alienação parental (SOARES, 2020).

Assim, observa-se que tanto os tribunais quanto a melhor doutrina têm encontrado dificuldade em estabelecer um critério, devendo, portanto, ser observado em cada caso concreto, verificando a obediência à princípios constitucionais com foco central ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme Gonçalves (2018) o ato ilícito deverá ser considerado, levando em consideração a culpa do agente, sendo possível assim conferir o grau do comportamento e a sua sensibilidade moral e ética. Neste sentido, salienta-se que o dano moral não deve ser visto como angústia, humilhação ou dor, mas deve ser observado de maneira mais ampla, verificando o tamanho da agressão ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Há de ser observado o caso concreto, conforme as provas evidenciadas, inclusive com auxílio da perícia. A reparação do dano, não é apenas para compensar a vítima, é para punir o agente que a praticou, desestimulando a prática.

Nos julgados pesquisados evidenciou-se que o posicionamento tem sido no sentido de que o valor da indenização deve ser razoável, considerando as circunstâncias do caso concreto. Tendo a indenização dois objetivos distintos: compensar a dor causada à vítima, e como já dito anteriormente, desestimular a prática.

4 CONCLUSÃO

No Brasil, a Alienação parental é observada como uma síndrome psíquica gravíssima que acomete um dos pais ou responsável pela vigilância da criança. Nestes casos, o genitor alienador deseja afastar qualquer tipo de vínculo da criança com o outro genitor, manipulando a criança para que atenda unicamente aos seus desejos. Diante disso, o estudo se proposto propôs a demonstrar os conceitos e conduta que geram responsabilidade civil em casos de Alienação Parental, evidenciando suas definições e detalhamento quanto aos aspectos envolvidos.

Foi possível perceber que os critérios observados para identificação do dano moral pelos julgadores são aqueles expressos no art. 2º da Lei Federal nº 12.318/2010 que possui rol meramente exemplificativo, portanto cabendo interpretação de outras condutas que se enquadram. Percebeu-se que dano moral são atos que prejudicam um outro indivíduo, extrapolando a mera quebra de um compromisso e agride à própria dignidade da pessoa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mais a jurisprudência considera para caracterização do dano, a existência de seus elementos da responsabilidade civil, ou seja, a conduta, o nexo de causalidade e o dano gerado em razão da alienação parental, sem estes, fica impossibilitada a configuração da alienação.

Para consumação do estudo e delimitação dos resultados, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como forma de investigar o fenômeno da alienação parental e responder a questão do estudo, ou seja, quais os critérios adotados pelos julgadores na identificação de Alienação Parental e como decorria a fixação dos valores indenizatórios por dano moral em decorrência do crime de Alienação Parental?

A pesquisa evidenciou que o julgador tem adotado a análise do caso concreto para delimitação da indenização por dano moral em decorrência da alienação parental, no mais, foi possível verificar que, na identificação da alienação parental, utiliza-se de mecanismos como equipe multiprofissional e atividade pericial para determinação exata da existência da alienação e extensão do dano causado.

Trata-se, pois, de assunto complexo, de soluções difíceis em razão de envolver a instituição familiar, necessitando de cautela e aprofundamento em cada caso. Apesar disso, o estudo possibilitou concluir que a ocorrência do dano moral em decorrência de alienação parental é possível, sendo o valor pecuniário em razão do dano definido conforme o caso concreto, ou seja, verificando a extensão da conduta praticada pelo agente alienador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição Federal (Texto compilado até a Emenda Constitucional nº 88 de 07/05/2015). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_07.05.2015/art_226_.asp>. Acesso em: 14 set 2020.

DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. 11. ed. rev., atual.de acordo com o Código Civil de 2002, e aumentada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 7. ed. São Paulo: Revista dos

DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene. Ferreira; MORAES, Naime Marcio Martins. **Afeto e Estruturas familiares**. Belo Horizonte; Del Rey, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FONTENELE, João Veridiano Fontenele Filho. Responsabilidade civil na alienação parental. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5245, 10 nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60738>. Acesso em: 14 set. 2020.

GIL, Antonio, Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 4ª ed. Editora Atlas. Disponível em:< http://www.uece.br/nucleodelinguasitaperi/dmdocuments/gil_como_elaborar_projeto_de_pesquisa.pdf>. Acesso em 28 set 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LÔBO, Paulo. In Direito Civil: Famílias, Ed. Saraiva. São Paulo, 2008.

OLIVEIRA, L. R. da S. Síndrome da Alienação Parental. Monografia. Brasília, 2010.

PINHO, Marco. A Garcia. **Uma análise da lei da alienação parental**. Disponível em: <http://paisporjustica.blogspot.com/2010/12/artigo-uma-analise-dalei- da-alienacao.html>. Acesso em: 14 set 2020.

SERGIO, Carvalhieri, Filho. Programa De Responsabilidade Civil. 10. ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2012, P. 93. Haddad, Luiz Felipe. Apud Cahali, Yussed Said. Dano Moral. 4. Ed. **Rev., Atual**. E **Ampl.** São Paulo: Editora Revista Dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil. v. 2. 7.ed. São Paulo: Método, 2012.

Tribunais, 2011.

ZAMBON, Katia. A Aplicabilidade da responsabilidade Civil pela perda de uma chance aos casos de inércia de advogados na atuação judicial. Florianópolis, 2014.

SOARES, Hingrid, Rodrigues. A quantificação do Dano Moral em casos de Alienação Parental. Disponível em:< https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/a-quantificacao-do-dano-moral-em-casos-de-alienacao-parental/>. Acesso em 28 set 2020.

DIAS, Letícia, arruda. ROSTELATO, Telma. Alienação Parental e dano moral: o efeito da indenização. 2019. Disponível em:< https://jus.com.br/artigos/74866/alienacao-parental-e-dano-moral-o-efeito-da-indenizacao>. Acesso em 28 set 2020.

MENDES, Karina dal Sasso; SILVEIRA, Renata Cristina de Campos Pereira; GALVÃO, Cristina Maria. Revisão integrativa: Método de pesquisa para a incorporação de

evidências na saúde e na enfermagem. **Texto e Contexto Enfermagem,** Florianopolis, v. 17, p.758-764, dez. 2008.

NOTAS:

[1] Professor Efetivo da Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2015). Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/SP, 2018). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA Campus Imperatriz, 2005). Currículo completo disponível em< http://lattes.cnpq.br/0455704139866518>.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASSÉDIO MORAL NO COTIDIANO DE TRABALHO DOS ASSISTENTES SOCIAIS

PEDRO LEONARDO CEDROLA VIEIRA: Assistente Social. Mestrando Economia Doméstica. Universidade Federal de Viçosa (UFV).

RITA DE CÁSSIA PEREIRA FARIAS[1]

(orientadora)

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar a prática do assédio moral como uma nova gestão das relações de trabalho no atual contexto da reestruturação produtiva, com enfoque na categoria profissional dos assistentes sociais. O estudo demonstrou algumas das situações vexatórias, humilhantes e constrangedoras a que são submetidos os assistentes sociais em suas atividades laborais. A categoria profissional dos assistentes sociais ao longo dos últimos anos tem sofrido inúmeros ataques juntos aos serviços que realizam, tornando-os suscetíveis a serem vítimas de assédio moral de seus chefes diretos e indiretos, colegas de trabalho e até mesmo dos próprios usuários das políticas em que estão inseridos. Esse fenômeno traz consequências devastadoras à saúde dessa parcela da classe trabalhadora nos mais diversos espaços sócio ocupacionais, causando afastamentos temporários e ainda, exclusão do trabalho.

Palavras-chave: Assédio moral; Saúde do trabalhador; Assistente Social.

Abstract: This article aims to analyze the practice of bullying as a new management of labor relations in the current context of productive restructuring, focusing on the professional category of social workers. The study demonstrated some of the vexing, humiliating and embarrassing situations that social workers are subjected to in their work activities. The professional category of social workers over the past few years has suffered numerous attacks together with the services they perform, making them susceptible to being victims of moral harassment by their direct and indirect bosses, co-workers and even the users of the policies in question. that are inserted. This phenomenon has devastating consequences for the health of this part of the working class in the most diverse socio-occupational spaces, causing temporary leave and even exclusion from work.

Key words: Bullying; Worker's health; Social Worker.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1.INTRODUÇÃO

Segundo Ávila (2015), o assédio moral está presente ao longo de toda a história, mas é a partir da lógica capitalista que se consegue compreender de forma mais clara as suas ações e suas vítimas. O assédio moral no trabalho é compreendido como uma conduta abusiva, repetitiva, intencional, que ocorre no ambiente de trabalho, que se manifesta por meio de palavras, atos, gestos, comportamentos ou de forma escrita, que humilha, constrange e a desqualifica a pessoa ou um grupo, atingindo sua dignidade, sua saúde física e mental, colocando em risco sua integridade pessoal e profissional.

Pesquisadores referenciados sobre este tema, como Hirigoyen (2005), Freitas, et al. (2006), Alves (2000) e Ávila (2015), compartilham a ideia de que o assédio moral impacta fortemente na demolição psíquica do indivíduo. Hirigoyen (2005) expressa que muitas vezes os aspectos que estão por trás desse fenômeno são as consequências de um modo de viver competitivo no contexto das organizações. Muitos são os fatores que levam a tais práticas: as condutas individualistas em ambientes que muitas vezes se tornam insalubres e violentos; locais de trabalho nos quais se desrespeita os princípios da dignidade e dos direitos humanos e; onde há uma degradação das relações de trabalho – inclusive do ponto de vista ético – gerando consequências nefastas para a saúde dos indivíduos assediados.

O assédio moral é analisado como violência baseada em humilhações, agressões, psicoterror e abusos de poder que interferem na saúde dos trabalhadores e em suas trajetórias profissionais e de suas famílias.

Conforme afirma Iamamoto (2009), o serviço social é uma profissão inscrita na divisão sócio- técnica do trabalho e, portanto, uma especialização do trabalho coletivo na sociedade. Desse modo, é partícipe do processo de produção e reprodução das relações sociais dadas no interior da sociedade capitalista, sofrendo todos os rebatimentos dessa classe. Segundo Yazbek (2009) compreender a profissão de Serviço Social significa apreender que se trata de uma profissão polarizada pelos interesses das classes sociais contrapostas.

Diante dessas evidências, o presente estudo, busca analisar o que os autores definem como o fenômeno do assédio moral e, a partir daí, entender as expressões desse fenômeno na categoria profissional dos assistentes sociais "no tempo miúdo do trabalho" cotidiano (YAZBEK, 2009).

2.RESULTADOS E DISCUSSÕES

2.1 Caracterizando o assédio moral

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ávila (2015) aponta que o fenômeno do assédio moral possui uma relação direta com os direitos fundamentais, pois traz consigo particularidades daquilo que ocorre no totalitarismo, no extermínio em massa e até mesmo no "genocídio, praticado contra povos e agrupamentos humanos" (ÁVILA, 2015, p.60). O assédio moral no ambiente de trabalho tem como objetivo aniquilar psicologicamente a vítima, tendo como fim último o abandono das suas atividades.

Sendo a dignidade da pessoa humana algo essencial à própria condição humana, essa pode e deve ter reconhecimento, respeito no trabalho. Segundo Guedes (2003), o assédio moral se apresenta como o próprio definhamento da personalidade humana, impedindo quaisquer tipos de evolução moral e social.

A reiteração é um requisito importante ao analisar o assédio moral nas relações de trabalho. O termo diz respeito a violência que se torna regular, sistemática, com durações de tempo, ou seja, não é algo esporádico. Há uma divergência quanto a uma cronologia ou mesmo duração do terror psicológico que caracterizaria o assédio moral. Leymann (2017), por exemplo, pondera que, para ser considerado assédio moral, se faz necessário uma periodicidade, ao menos uma vez semanalmente, com duração mínima de seis meses. Já Hirigoyen (2016) considera que buscar uma cronologia temporal para os ataques, pode, por vezes, desqualificá-lo e fazer com que o assediado fique ainda mais adoecido.

Outro fator importante para análise nesse tema é são às condutas abusivas, definidas por Hirigoyen (2016) como aquela que pode gerar danos à personalidade da pessoa, bem como à sua dignidade, à integralidade física ou psíquica e pôr em risco seu cargo ou estragar o meio de trabalho.

Também é relevante a averiguação do componente propósito do ato. É necessário compreender se há a intenção de violentar ou expor o profissional no ambiente de trabalho. Ou seja, deve ser analisado se foi um ato pensado previamente para caracterizar o assédio moral.

Ávila (2015) aponta que em um ambiente profissional pode ser grande o número de pessoas indiretamente envolvidas com o assédio moral. Colegas de trabalho no mesmo nível hierárquico ou superiores que querendo, ou não, participam de algum modo dessa violência, ou que a vivencie, chamados pela referida autora de expectadores. Em geral, o expectador não toma nenhuma atitude em prol da vítima de forma a cessar o problema.

E é nesse sentido que o papel da instituição tem fator decisivo nos possíveis conflitos. A autoridade exercida pela instituição empregadora é de fundamental importância no momento em que se verifica a existência de situações de assédio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

moral, onde situações que vão se perpetuando ao longo do tempo se tornam uma prática rotineira, na qual não haverá saídas benéficas a todas as partes (HIRIGOYEN, 2005).

A autora supracitada afirma ainda que se não há um padrão para as vítimas dos ataques. Em contrapartida, há contextos profissionais que propiciam os mecanismos para a instalação do assédio moral, não apenas pelo nível de estresse, má organização e gestão, mas especialmente, por mecanismos de funcionamentos gerenciais frágeis ou incertos.

Não há uma unanimidade do que seja assédio moral no ambiente de trabalho. Entretanto, tais variações, como as apresentadas, bem como de outros estudiosos do assunto são benéficas para embasamentos, por exemplo, de cunho jurídico, não havendo, portanto, restrições e delimitações, uma vez que "os métodos para humilhar podem ser tão variados que uma definição estanque prejudicaria sua reparação no caso concreto" (ÁVILA, 2015, p. 60).

É importante salientar ainda, que não há métodos específicos para uma efetiva compreensão desse fenômeno. Todos os apontamentos trazidos pelos estudiosos do assunto, segundo Ávila (2015), são de extrema importância para a extração de conceitos doutrinários, a saber: a violação da dignidade do trabalhador, a natureza psicológica, a conduta abusiva, a reiteração, a finalidade de exclusão e a intencionalidade do ato.

2.2 O Serviço Social na cena contemporânea

Conforme Iamamoto (2009), o Serviço Social é uma profissão inscrita na divisão sócio- técnica do trabalho e, portanto, uma especialização do trabalho coletivo na sociedade. Desse modo, é partícipe do processo de produção e reprodução das relações sociais dadas no interior da sociedade capitalista. Ou seja, o assistente social participa da reprodução da sociedade de classe e de seu movimento contraditório.

Yazbek (2009) propõe compreender o Serviço Social como uma instituição inserida na sociedade, podendo ser compreendida a partir de dois ângulos indissociáveis e como realidade vivida e representada na e pela consciência de seus agentes profissionais e que expressa pelo discurso teórico e ideológico sobre o exercício profissional e; como atividade socialmente determinada pelas circunstancias sociais objetivas que imprimem certa direção social ao exercício profissional, que independem de sua vontade e/ou da consciência de seus agentes individuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Seguindo a autora supracitada, compreender a profissão de Serviço Social significa apreender que se trata de uma profissão polarizada pelos interesses das classes sociais contrapostas. O Serviço Social participa tanto do processo de reprodução dos interesses da classe dominante, quanto das repostas às necessidades de sobrevivência da classe trabalhadora.

Segundo Iamamoto (2008) é explícito, então, o caráter contraditório da profissão: ao mesmo tempo e pelas mesmas atividades reforça o movimento do modo de produção capitalista, quanto das conquistas dos direitos da classe trabalhadora. Nesse sentido, o exercício profissional do assistente social é polarizado e mediado pelos interesses sociais das classes contrapostas, participando de um processo que tanto pode contribuir para a manutenção da sociedade de classes, quanto pode criar as condições de transformação para superá-la.

O exercício profissional do assistente social é permeado pela tensão entre o projeto profissional que o afirma como um sujeito dotado de liberdade do ponto de vista ético para a consecução de suas atividades, capaz de realizar projeções e implementá-las na vida social e, a condição de trabalhador assalariado que faz com que suas ações sejam condicionadas ao poder dos empregadores (IAMAMOTO, 2009).

Segundo Netto (1996), o assistente social insere-se enquanto trabalhador assalariado, historicamente e predominantemente, na esfera estatal, enquanto executor terminal das políticas sociais. Contudo, expõe Raichelis (2009), com o contexto instaurado nos anos 1990 no cenário brasileiro no avanço desenfreado dos ideários neoliberais, com a regressão dos direitos sociais, as alterações profundas na esfera do mundo do trabalho, as contrarreformas do Estado, nos sistemas de proteção social pelas novas formas de enfrentamento da Questão Social, existem rebatimentos que reconfiguram os espaços sócio ocupacionais do assistente social e estabelece novas relações entre a esfera pública e privada.

Segundo Iamamoto (2000), o processo de descentralização das políticas públicas tem exigido dos profissionais novas competências e atribuições, quais sejam: a requisição destes profissionais para formular, gerir, planejar e avaliar políticas sociais, exigindo a crítica e a criatividade; a ampliação de espaços de trabalhos na implantação de conselhos de políticas públicas, nas áreas de Saúde, assistência social, criança e adolescente, habitação, entre outros, na capacitação de conselheiros, elaboração de planos municipais, no monitoramento e avaliação de programas e projetos. Exige-se, dessa forma, a capacitação técnica e teórica continuada para a compreensão da realidade social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme a autora supracitada, cresce também a inserção dos assistentes sociais em equipes interdisciplinares, exigindo a capacidade de expor com clareza as propostas de ação particular de cada profissão, bem como delimitando suas especificidades no intuito de colaborar com conhecimentos e saberes habilitados e acumulados por cada profissional em específico. Para tanto, exige dos profissionais a maturação teórica e clareza do seu espaço de atuação, para não incorrer na mistura dos conhecimentos, e assim, não haver especificidade de cada profissão (IAMAMOTO, 2009).

2.3 O assédio moral no trabalho do assistente social

No caso do Serviço Social, o Código de Ética da profissão (CFESS, 2012) ressalta em seus princípios fundamentais a luta contra todo o tipo de autoritarismo, bem como da importância da liberdade enquanto um valor ético, visando sempre à garantia de direitos à classe trabalhadora, reconhecendo a liberdade como valor ético central e na defesa dos direitos humanos e a rejeição a quaisquer tipos de autoritarismos (CFESS. 2012, p.24).

Há na particularidade do Serviço Social as mais diversas formas de expressão do fenômeno do assédio moral. Profissionais são colocados em evidência perante uma equipe multiprofissional, por exemplo, como os vilões de um trabalho. Profissionais são constantemente desqualificados por suas chefias e por seus colegas e até mesmo por usuários, a exemplo da célebre frase presente no cotidiano de trabalho: "assistente social não resolve nada". Situações que visam humilhar, violentar e desqualificar o assistente social são, como aponta Antunes (2006) estratégias de fragmentação, heterogeneização e complexificação da classe trabalhadora.

No caso dos assistentes sociais, através de uso de autoridade exacerbada, chefias determinam requisições a esses profissionais totalmente incompatíveis com suas atribuições privativas e o que regulamenta a Lei 8662/1993. Profissionais são chamados a realizarem tarefas policialescas, se tornando via de acesso à concessão de benefícios que são garantidos constitucionalmente, como a garantia de remédios à população ou ainda, exercendo um papel de perito para conceder ou não direito a acompanhamento de doentes na família, no caso do funcionalismo público (RAICHELIS; SILVA, 2015).

Os assistentes sociais se tornam reféns de mandos e desmandos das mais diversas origens, de modo que destrua sua imagem perante seus usuários, tornando-se assim, algo coisificado, uma peça da engrenagem que não faz parte do sistema, mas sim, o atrapalha a desenvolver. E o desenvolvimento tido como ideal para os assediadores, de maneira geral, vai à contramão do compromisso ético-político dos assistentes sociais (RAICHELIS; SILVA, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Um aspecto relevante que devemos destacar na particularidade do Serviço Social está ligado ao fato de que os assediadores dos assistentes sociais, em geral, não são de um modo geral, pessoas capacitadas em suas formações para exercerem, por exemplo, a gestão de políticas ou mesmo a coordenação de equipamentos públicos, como os Centros de Referência da Assistência Social – CRAS e Centro de Referência Especializado da Assistência Social – CREAS. Nessa via, acabam fazendo uso de sua autoridade enquanto chefes e tentam impor suas vontades particulares ou de determinados setores ou superiores, como o padrão a ser estabelecido (IAMAMOTO, 2007).

O ambiente de trabalho onde há diferentes profissionais, de diversas áreas do saber e diferentes formas de inserção, como por exemplo, profissionais que são concursados, contratados, cargos comissionados (de confiança), terceirizados, eleitos para determinada função e até mesmo estagiários, pode se tornar uma grande arena para se assistir cenas vexatórias entre assediadores e assediados.

Antunes (2001) ressalta que a organização do trabalho resultante do modelo toyotista, apresenta como característica básica a produção vinculada a demandas heterogêneas, embasada no trabalho em equipe e ainda, a exigência de trabalhadores polivalentes e multifuncionais. Nessa via, no trabalho dos assistentes sociais são encontradas várias situações que ferem os princípios éticos da profissão.

Além dos gestores, que corresponde a um cargo político, as gerências, coordenações e supervisões de serviços das políticas públicas são entregues a promessas eleitoreiras e troca de favores, tornando-se assim, um verdadeiro cabide de empregos e não como deve ser: profissionais qualificados em suas áreas de conhecimento em condições de desenvolverem as atividades de forma ética e comprometida e que visam à expansão da garantia dos direitos universais, buscando superar a mera execução da política.

O enfrentamento e as formas de resistência ao assédio moral são, conforme aponta Raichelis e Silva (2015) mais fortes quando perpassa na organização coletiva, adquirindo assim, os assistentes sociais assediados, de modo geral, se encontram em situações de extrema vulnerabilidade pessoal, além de não ser algo tão palpável e fácil de haver uma construção de provas de assédio moral, comprovado a partir de um nexo causal. Portanto, enfrentá-lo individualmente torna-se uma tarefa penosa para o profissional, vítima do assédio moral.

Ainda que haja pouca produção no Serviço Social, podemos compreender os ataques em direção à categoria profissional como uma forma de controle sobre o trabalho profissional que está situado nas relações sociais da sociedade burguesa. Raichelis (2013) faz apontamentos no que diz respeito à saúde do trabalhador e no

que tange ao adoecimento decorrente do ambiente de trabalho. Esse, segundo a autora, é algo que precisa ser problematizado no Serviço Social, haja vista os casos de adoecimentos causados aos assistentes sociais.

Em última análise, é notado que existem várias formas de manifestação do assédio moral, com métodos que visam humilhar, vexar, constranger e por fim, destruir os profissionais de Serviço Social. Não há, portanto, um estilo específico de agressão, até porque, criar um padrão único implica sobrepô-lo perante aos demais. Até aqui, constatou-se que o assédio moral no trabalho é uma conduta de natureza abusiva, que atenta consta a dignidade dos assistentes sociais de forma repetida e prolongada, expondo o assediado intencionalmente a situações constrangedoras, causando-lhe ofensas a sua integridade. Nesse processo, as perdas vão muito além da saúde da vítima, tendo reflexo na saúde de toda a equipe de trabalho.

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento e as formas de resistência ao assédio moral são mais fortes quando perpassa na organização coletiva, adquirindo assim, maiores formas de resistência e enfrentamento. Quando os assistentes sociais assediados se encontram em situações de extrema vulnerabilidade pessoal, enfrentar individualmente torna-se uma tarefa penosa para o profissional vítima do assédio moral, além de oferecer poucas possibilidades de se obter êxito.

Há expressões do assédio moral que buscam desqualificar o trabalho do assistente social, pela via da quebra do sigilo profissional, pelo não reconhecimento de suas atividades privativas, além de exposição frente aos demais membros do ambiente de trabalho e dos próprios usuários. Outro caminho é através de execução de atividades impositivas, a fim de fornecer detalhes da vida de usuários que podem ser usados para diversas formas de punição: desde a criminalização até a discriminação alimentada por preconceitos.

O assédio moral pode corresponder a uma tentativa de que os assistentes sociais executem tarefas contrárias ao Código de Ética profissional e as suas atribuições legais. Há a tentativa de que a profissão seja partícipe, de forma coadjuvante de um moralismo punitivo presente na sociedade contemporânea, frente as mais diversificadas expressões da questão social, que levem o profissional, assim como no passado, a se ajustar a missão (mais em um sentido de ministério) restauradora da lei e da ordem social.

Na atualidade, considerando o executivo de extrema direita que nos governa, há um cenário bastante desfavorável a essa categoria profissional, que constantemente vivencia situações de assédio moral nas suas variadas formas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

expressão, seja por suas chefias, pelos próprios colegas de trabalho e, - em alguns casos, os próprios assistentes sociais - e pelos usuários das políticas públicas com as quais o profissional trabalha.

Os assistentes sociais, sendo integrantes e partícipes da classe trabalhadora, devem engrenar lutas no sentido de garantir melhor visibilidade ao seu fazer profissional, munindo-se de ações críticas e buscando mecanismo para assegurar sua autonomia profissional.

O cenário apresentado nesse trabalho sinaliza e representa a realidade profissional dos assistentes sociais na atualidade. Contudo, a tendência de precarização e controle do trabalho pela via do assédio moral se estendem pelas demais categorias profissionais, conforme verificado em outras pesquisas.

Essas foram às contribuições que este trabalho alcança, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, pelo contrário, com o objetivo de fomentar o debate e aguçar a sensibilidade dos assistentes sociais para manter acesa a discussão dentro da categoria profissional. Ao finalizar esse trabalho, devemos ter a certeza de que a busca por estudos relacionados ao tema da realidade profissional dos assistentes sociais deve ser contínua. A partir disso, uma série de outros caminhos podem ser traçados como objeto de estudo.

REFERÊNCIAS

ALVES, Giovani. **O novo (e precário) mundo do trabalho: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo**. São Paulo: Boimtempo, 2000.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. *In*: GENTILLI, Pablo; FRIGOTTO, Gaudêncio. **A cidadania negada**: Políticas de exclusão na educação e no trabalho. São Paulo: Cortez, 2001.

ANTUNES, Ricardo. A classe-que-vive-do-trabalho: a forma de ser da classe trabalhadora hoje. *In*: ANTUNES. R (org). **Riqueza de miséria do trabalho no Brasil**: Boimtempo, 2006.

AMARAL, Angela Santana. & CÉSAR, Mônica de Jesus. O trabalho do assistente social nas empresas capitalistas. *In*: **Serviço Social**: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília – DF: CFESS e ABEPSS, 2009. p. 411-425.

ÁVILA, Rosimari. Pedreti. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BARRETO, Margarida. Maria Silveira. **Temas atuais na Justiça do Trabalho**: teoria e prática. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

CFESS**. Resolução 512/2007** – Reformula as normas gerais para o exercício da Fiscalização Profissional e atualiza a Política e atualiza a Política Nacional de Fiscalização. Brasília, 2007.

CFESS. **Resolução 493/2006** – Estabelece as condições éticas e técnicas do exercício profissional do assistente social. Brasília, 2006.

FREITAS, Maria Ester; HELOANI, Roberto. e BARRETO, Margarida. Assédio moral no trabalho. **Psicologia Política,** São Paulo, vol. 8. n. 15. p. 179 – 182, 2008

GUEDES, Márcia Novaes. Assédio Moral e responsabilidade das organizações com os direitos fundamentais dos trabalhadores. **Revista da Amatra II**, São Paulo, a. IV, n. 10, 2003.

FERREIRA, Hadassa Dolores. **Assédio moral nas relações de trabalho**. São Paulo: Russell, 2004

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal estar no trabalho**: Redefinindo o assédio moral. Trad. De: Rejane Janowitzer. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. 352P

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral**: a violência perversa no cotidiano. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

IAMAMOTO, Marilda Vilela. **Serviço Social em Tempo de Capital Fetiche**: capital financeiro, trabalho e questão social. São Paulo, Cortez: 2007.

LEYMANN, Heinz. A presentation of Professor Leymann, PhD, MD sci. **The Mobbing Encyclopedia**: Bulling. Whistleblowing, 2000.

RAICHELIS, Raquel. O trabalho dos assistentes sociais na esfera estatal. *In*: Serviço Social: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília – DF, 2009.

RAICHELIS, Raquel. e SILVA, Oceana. O assédio moral nas relações de trabalho do (a) assistente Social: uma questão emergente. **Serviço Social e Sociedade**, São Paulo, n. 123, p. 582-603, 2015.

SIMÕES, Nanci L. Hespanhol. **Autonomia Profissional do Assistente Social x Trabalho Assalariado**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TEIXEIRA. Joaquina Barata; BRÁZ. Marcelo. O projeto ético-político do Serviço Social. *In*: **Serviço Social**: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília – DF: CFESS e ABEPSS, 2009. p. 185-199.

YASBEK, M. C. O significado sócio-histórico da profissão. *In*: **Serviço Social**: Direitos Sociais e Competências Profissionais. Brasília – DF: CFESS e ABEPSS, 2009. p. 125-141.

NOTAS:

[1] Doutora em Antropologia. Professora no Curso de Serviço Social na Universidade Federal de Viçosa (UFV).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POLÍTICAS PÚBLICAS DE LAZER PARA IDOSOS EM MANAUS

RAIMUNDO NONATO NETO CARNEIRO:
Graduando do Curso em Direito, no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O envelhecimento populacional é um fenômeno que atinge todo o contexto mundial. E no Brasil esta realidade vem trazendo grandes transformações e um cuidado maior para a viabilização de direitos desta população. Esta questão vem surgindo como um grande desafio para a implementação de políticas públicas voltado para o lazer dos idosos, sendo assim, é imprescindível que os valores sejam revistos e que os conceitos e prática em prol do idoso seja firmado, em busca de melhorias progressivas em sua qualidade de vida. A presente monografia faz uma abordagem ampla sobre os aspectos relacionados à velhice, tendo como objetivo fazer uma análise teórica acerca das principais políticas públicas de lazer para idosos na cidade de Manaus, ressaltando seus significados e as fases de envelhecimento, dando ênfase na gestão de políticas públicas de lazer para os idosos, e ainda nos benefícios e melhorias para a qualidade de vida dos mesmos, mostrando o processo de conquista na condição de um envelhecimento saudável e na garantia de seus direitos e sua permanência no convívio social, pois são direitos conquistados legalmente, através da Política Nacional do Idoso, Lei Nº 8.842/94, e Estatuto do Idoso, Lei Nº 10.741 de 2003.

Palavras-Chave: Envelhecimento, Idoso e Políticas Públicas.

ABSTRACT: Population aging is a phenomenon that affects the entire world context. And this reality in Brazil has brought great change and a greater concern for the viability of rights in this population. This question is emerging as a major challenge for the implementation of public policies aimed at the leisure of this population, so it is necessary that the responsible bodies and society will be prepared for this reality. This monograph is a comprehensive approach on the aspects related to old age, aiming to make a theoretical analysis about major public policy leisure for the elderly in the city of Manaus, highlighting their significance and the phases of aging, with emphasis on management public recreation policies for the elderly, and also the benefits and improvements to the quality of life of them, showing the process of conquest in the condition of healthy aging and ensuring their rights and their permanence in social life, they are rights gained legally through the National Elderly Policy, Law No. 8.842/94, and the Elderly, Law No. 10,741 of 2003.

Keywords: Aging, Aging and Public Policies.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ENVELHECIMENTO. 2.1. Processo do Envelhecimento 3. CULTURA E LEGISLAÇÃO. 3.1. Planejamento Público de Manaus. 3.2. Benefícios e melhorias na qualidade de vida dos idosos. 3.3. Velhice bem-sucedida e suas potencialidades. 4. CONCLUSÃO. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O envelhecimento populacional vem sendo objeto de preocupação atual tanto nos países desenvolvidos quanto nos países que se encontram em desenvolvimento. A humanidade está passando por um processo de transição demográfica onde as populações estão deixando de ser predominantemente jovens, e o Brasil não se encontra a margem deste processo.

Em um censo realizado no ano 2000, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) concluiu que as pessoas viverão o maior período de suas vidas na chamada terceira idade, e não mais como crianças, jovens ou adultas. Contudo, o aumento do número de idosos acompanha também vários problemas, em diversos setores, sendo imprescindível que os valores sejam revistos e que os conceitos e práticas em prol do idoso sejam firmados, em busca de melhorias progressivas em sua qualidade de vida.

Levando em consideração os pressupostos da Política Nacional do Idoso, Lei nº 8.842/94 além do Estatuto do Idoso Lei nº 10.741 de 2003 que em seu art. 20 trata sobre o direito do idoso a "educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade", fica explícito a responsabilidade dos poderes públicos gestarem políticas públicas voltadas para todas as camadas sociais e em sua respectivas faixas etárias, por tanto isso inclui políticas públicas para pessoas idosas ou em fase de envelhecimento. Torna-se então necessário adotar ações eficazes e oportunas, que possibilitem que essa faixa etária cresça não só em termos quantitativos, mas também com uma melhor qualidade de vida.

O principal objetivo deste artigo concentra-se na análise de gestão de políticas públicas de lazer, que estão sendo oferecidos na esfera municipal para idosos participantes das atividades nos locais oferecidos por este órgão na cidade de Manaus, verificando assim se os locais oferecidos para o desenvolvimento das atividades com idosos possuem estrutura física e equipamentos de esporte e lazer adequados para atendê-los, como também, identificar quais as ações que estão sendo tomada para melhorar o atendimento das atividades oferecidas, com o intuito de obter benefícios e melhorias de qualidade de vida para essa população, afim de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que se faça valer os direitos adquiridos por meio de leis os que amparam, sendo essas conquistadas com muita luta, persistência e dedicação por parte de pessoas que reconheceram que o idoso contribui bastante para o desenvolvimento social e econômico do país, e que agora esta população merece ter o reconhecimento devido.

Contudo, a análise desta pesquisa não se encerra aqui, pois poderá servir de subsídio que possam contribuir para o enriquecimento de novos trabalhos.

2. ENVELHECIMENTO

2.1. Processo do Envelhecimento

O processo de envelhecimento faz parte do aspecto natural da vida, ou seja, nascimento, crescimento, amadurecimento e envelhecimento, isto é evidenciado pelas transformações sofridas nos meios sociais, psicológicos e físicos.

O envelhecimento é também, um processo fisiológico e não está necessariamente ligado à idade cronológica, simplesmente ocorrem transformações em todos os seres humanos com o passar do tempo e isso independe da vontade de cada um. Apesar de todos os esforços e avanços na ciência, nada impede o processo do envelhecimento, isso ocorre devido ações de fatores internos, como a genética e fatores externos, como estilo de vida, educação, ambiente e condições sociais.

> "[...] o aspecto biológico normal leva à diminuição das reservas funcionais do organismo. Essas alterações podem ser observadas no organismo do ser humano idoso: muscular, ósseo, nervoso, circulatório, pulmonar, endócrino e imunológico", (VANDERVOORT, 2000, p. 67).

De acordo com autor supracitado, essas possíveis alterações levam a um declínio que variam entre os diversos tecidos e funções, como ainda variam também de um indivíduo para outro. Portanto, o envelhecimento biológico sofre transformações que ocorrem nos sistemas orgânicos e funcionais, reduzindo a capacidade biológica de auto regulação, e consequentemente, diminuindo a probabilidade de sobrevivência. Nesse processo, as modificações ocorrem pela diminuição da densidade óssea, a flacidez de pele, a perda de cabelo, o surgimento de cabelos brancos, a perda da massa muscular, diminuição da percepção visual, auditiva, olfativas, gustativas, táteis, digestivas, nervosas e etc, que nem sempre significa um estado de doença, e sim do próprio processo de envelhecimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Pickles et al (1998), relata que no envelhecimento ocorrem diversas alterações, trazendo ao ser humano, mudanças psicológicas. O estado emocional de um idoso implica contextualização de sua história de vida e suas reações emocionais provavelmente estão diretamente relacionadas com o que viveu no transcorrer de sua existência.

De acordo com Zimermann (2000), essas mudanças psicológicas podem resultar em dificuldades de se adaptar a novos papéis, falta de motivação e dificuldades de planejar o futuro, depressão, hipocondria, somatização, paranoia, suicídio, baixa na autoimagem e autoestima, necessidade de trabalhar as perdas orgânicas afetivas e sociais.

> Assim como as características físicas do envelhecimento, o caráter psicológico também está relacionado com hereditariedade, com a história e com atitude de cada indivíduo. Sendo assim indivíduos mais saudáveis e otimistas tem mais condições de adaptarem-se as transformações trazidas pelo envelhecimento São mais propensas a verem a velhice como um tempo de experiência acumulada, liberdade para assumir novas ocupações, (ZIMERMANN, 2000, p. 57).

No processo de envelhecimento psicológico as alterações acontecem nos processos cognitivos, como a inteligência, memória, aprendizagem e criatividade, e ainda no desenvolvimento de competências comportamentais e emocionais que permitem à pessoa ajustar-se às modificações que ocorrem com a idade. Com o surgimento dessas alterações, ficamos mais lentos e perdemos um pouco a capacidade e agilidade, assim como a velocidade de percepção diminui, a memória enfraquece, porém existem áreas que o desempenho se mantém ou melhora, como por exemplo, o vocabulário, tornando-se mais amplo e completo. Todos esses ajustes desenvolvem ao longo da vida, um conjunto de competências associadas à maturidade, como exemplo a aceitação de si e dos outros, abertura de novas experiências, compaixão, harmonia interior e resistência às frustrações.

Segundo a Lei n° 8.842/94 art. 1 e 2, a política nacional do idoso tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade; ainda considera-se idoso, para os efeitos desta lei, a pessoa maior de sessenta anos de idade.

Segundo Gonong (2000), o envelhecimento é uma etapa normal do desenvolvimento e continuidade da vida de um indivíduo, fazendo com que o ser humano aceite com tranquilidade a sua velhice, e encontre alguma maneira para continuar ser útil à sociedade, aos familiares e amigos.

De acordo com Brouwer (1981), à medida que as pessoas vivem mais, mudanças acontecem, as distâncias aumentam, a vida fica mais agitada, o tempo sempre mais curto e as condições econômicas mais difíceis, a sociedade se modifica. Isso exige maneiras diferentes de viver uma grande flexibilidade e capacidade de adaptação que nem sempre os velhos têm.

Sendo assim, o processo de envelhecimento social, está ligada a cultura e história de cada sociedade e refere-se ao desempenho de papeis sociais ajustado às expectativas da classe social em que está inserido. O fenômeno do envelhecimento está mais presente no mundo atual e com isso torna-se cada vez mais necessário estudar mecanismos que ajudam essa crescente população a ter uma vida mais digna e de qualidade.

Portanto, o envelhecimento é um somatório de modificações físicas e psicológicas, diferente de doenças, pois as síndromes geriátricas estão geralmente relacionadas ao envelhecimento dos órgãos e sistemas, e podem ser agravados de acordo com o estilo de vida adotado pelo idoso, sendo que a maioria dos idosos consegue conservar as capacidades e competências adquiridas ao longo de sua vida e desenvolver trajetórias de vida ajustadas aos desafios do envelhecimento.

3. CULTURA E LEGISLAÇÃO

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2000) em 2025, o número de idosos com 60 anos no Brasil, chegará a 32 milhões, apontado o Brasil como o sexto maior país do mundo em população geriátrica.

A constante dinâmica da evolução da medicina, aliada ao uso de novas tecnologias, são fatores que levaram ao desencadeamento deste processo, levando-se em conta que ambos contribuíram fortemente tanto para redução do índice de mortalidade como para o aumento da natalidade.

Cada vez mais resultados de pesquisas sinalizam para necessidade da oferta de serviços por parte do poder público, para a promoção e gestão de atividades que reflitam diretamente na melhoria da qualidade de vida desta população, que segundo já mencionado pelas comprovações estatísticas, está em franco crescimento, o que mostra a necessidade de expansão destes serviços para todas as camadas sociais, assim a primeira vez que um documento oficial reconheceu o idoso como cidadão foi na Constituição Brasileira de 1988 em seus artigos 203, 229, e 230. E só em 1994 foi promulgada a Lei 8842, que trata sobre a Política Nacional do Idoso (PNI), sendo o momento marcante para todos aqueles que desenvolvem atividades com idosos ou com grupos da terceira idade, pois esta lei vem para modificar a concepção que se tinha velhice e do processo de envelhecimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Política Nacional de Saúde do Idoso foi promulgada em 10 de Dezembro de 1999 (PNSI), através da Portaria 13395/GM, na qual se fundamenta na concepção da atenção integral à saúde da população em processo de envelhecimento, em conformidade com o que determina a Lei Orgânica da Saúde 8080/90. Nestas leis, é possível verificar a obrigatoriedade que o estado tem de promover o acesso dos idosos aos serviços de saúde, prestar assistência integral e realizar ações voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde, visando manutenção e melhoria da capacidade funcional dos idosos, tendo como objetivo primordial obedecer a diretrizes como a da promoção do envelhecimento saudável, a manutenção da capacidade funcional, a assistência às necessidades de saúde do idoso, a reabilitação da capacidade funcional comprometida, a capacitação de recursos humanos especializados, como o apoio ao desenvolvimento de cuidados informais e apoio a estudos e pesquisas.

A gestão de políticas públicas aplicadas na prática, segundo palavras de (Oliveira, 2007), podem contribuir para a elevação do nível de qualidade de vida das populações, especialmente a idosa. Isso implica dizer que qualidade de vida pode ser entendida como o idoso que consiga gozar de envelhecimento ativo, saudável e com capacidade funcional preservada. Só assim estaremos contribuindo para que ele realize suas capacidades como cidadão.

> A elaboração de políticas públicas, porém, é apenas o início do processo. Resta saber como essas políticas serão implantadas, ou seja, operacionalizadas e, mais que isso, como elas serão monitoradas e avaliadas, pois se entende que o seu objetivo último seja a melhoria da qualidade de vida da população idosa (OLIVEIRA, 2007, p.122).

Uma das principais dificuldades encontradas frente ao desenvolvimento de projetos em prol do lazer é o imediatismo político com o qual lidamos nos dias atuais, assim sendo, podemos dessa maneira, indicar vários fatores que contribuem para o fato de existirem tantas ideias que não se concretizam, seja por falta de vontade, oportunidade ou de verba disponível para esse fim, contudo não nos cabe, aqui, indicar quais são os fatores que atravancam esse desenvolvimento, mas sim salientar a importância da existência destas políticas para a promoção de um envelhecimento saudável.

Proporcionar ao público de terceira idade uma vivência efetiva do lazer, como uma das muitas possibilidades do lazer, são responsabilidades públicas que atualmente ainda não possuem a devida notoriedade frente às autoridades. O lazer é um direito social no estatuto do idoso, na qual o próprio tem direito a um lazer que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o constitua, a atividades que o enriqueçam e que oportunizem a organização da experiência cultural de seu tempo.

> A importância das políticas "Para resgatar a dignidade do idoso, reduzir os problemas de solidão, quebrar os preconceitos e estereótipos que os indivíduos tendem a internalizar. Trata-se de valorizar o cidadão de mais idade, criando espaços para o lazer, mas também para o treinamento do exercício da cidadania" (DEBERT, 1999).

Conforme afirma Maria Rosário de Fátima Viana (1999) "O lazer enquanto vivência lúdica é capaz de provocar alterações de valores pessoais e sociais. Só através da satisfação pessoal é possível vivenciar experiências que se opõem à imobilidade e valorizam a identidade".

O lazer revela-se então como importante agente para os idosos ao possibilitar que estes obtenham uma maior convivência social e até mesmo ao reabilitar aqueles que já passaram por um período difícil de isolamento e/ou problemas psicológicos.

É importante destacar que as políticas públicas precisam ocorrer em conjunto nas esferas municipal, estadual e federal, e de forma independente de filiações políticas, de forma a beneficiar não somente os idosos, mas a sociedade de uma forma geral.

As políticas públicas devem então ser construídas e implantadas de maneira participativa e reivindicatória, de forma a possibilitar a superação da visão fragmentada e estreita que conduz a população a experiências alienadoras. O próprio idoso deve ser consultado durante o planejamento destes projetos, para que seus interesses sejam devidamente alcançados. Este também precisa intensificar seu interesse e participação na política para que possa assim ter maior influência nas decisões públicas, especialmente naquelas que se referem ao apoio social aos idosos.

Contudo, é preciso considerar que, no processo de criação destas políticas, é de extrema importância que ocorra um planejamento cuidadoso que identifique as barreiras sociais e individuais que possam reduzir ou impedir a participação do sujeito idoso nas atividades de lazer propostas. Todas as dificuldades encontradas nesta fase da vida precisam então ser levadas em consideração para que as iniciativas obtenham sucesso.

3.1 Planejamento Público de Manaus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Levando em consideração os pressupostos da Política Municipal do Idoso, Lei nº 8.842/94 além do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741 de 2003 que em seu art. 20 trata sobre o direito do idoso a "educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade", fica explícito a responsabilidade dos poderes públicos gestarem políticas públicas voltadas para todas as camadas sociais e em suas respectivas faixas estarias, por tanto isso inclui políticas públicas para pessoas idosas ou em fase de envelhecimento.

A politica nacional do idoso (1994) e o Estatuto do idoso (2003) são conquistas para toda a sociedade, pois todos, ou convivemos com idosos ou ficaremos velhos um dia, e certamente toda essa caminhada irá beneficiar a toda população de um modo geral. Atualmente o planejamento para a vida social do idoso em Manaus está na gestão de políticas concisas na área de esporte e lazer para o atendimento dos grupos de terceira idade, que está bastante expressivo dentro dos Centros de Esportes e Lazer, afinal, as pessoas estão procurando atividades desta natureza, com intuito claro de uma melhor qualidade de vida.

Precisamos perceber, por parte do poder público, a clareza da gestão das políticas públicas para atender tal demanda, e de que forma isto vem acontecendo, ou seja, é necessário que seja criado mecanismos para a promoção da qualidade de vida dos idosos.

A implantação de programas de atividades para idosos se apresenta como nova tendência e repercutirão em novos costumes e estilos de vida. Estamos vivenciando um crescimento em programas de atividade física com vistas a sensibilizar a população em geral para uma vida ativa. Manter uma vida ativa, como sugere a ONU e a OMS, é essencial para promover e manter um envelhecimento ativo e saudável. Para tal, são imprescindíveis programas e ações públicas de atividades físicas específicas voltadas para a população idosa.

Através da Secretaria Municipal de Esporte e Lazer (SEMDEJ), por meio dos Centros de Esporte e Lazer, foi possível verificar programas e atividades desenvolvidas e praticadas por idosos para sua descontração e melhoria na qualidade de vida, bem como o Programa Viver Bem na 3ª idade. A Prefeitura Municipal de Manaus, através da Secretaria Municipal de Esporte e Lazer (SEMDEJ), comprometida em continuar fomentando e implementando políticas públicas de esporte e lazer na cidade de Manaus, apresenta o "PROGRAMA VIVER BEM NA 3ª IDADE".

O Programa tem o intuito de continuar auxiliando na melhoria dos aspectos biopsicossociais de pessoas em fase de envelhecimento da cidade de Manaus, através da promoção de atividades físicas, esportivas, culturais sociais e de lazer,

desenvolvidas por profissionais qualificados para atender esta clientela. A oferta destas atividades certamente incidirá na melhoria da qualidade de vida desta população, que segundo comprovações estatísticas está em franco crescimento, o que mostra a necessidade de sua expansão a todos os espaços físicos desportivos que apresentem condições efetivas para implantação do "Programa Viver Bem na 3ª Idade" da Prefeitura Municipal de Manaus.

As atividades desenvolvidas recreativas são com condução de bola, boliche, lance livre na cesta e argola, como também jogos de salão e de mesa, geronto tênis de mesa, gerontonatação, gerontovoleibol, além de atividades como a hidroginástica, ginástica diferencial, caminhada, a gerontoatletismo, as atividades culturais de Teatro, Festival Folclórico, Concursos de Poesias, viagens, passeios, por fim, tendo também atividades sociais em datas comemorativas, eventos sociais e outros.

Em Manaus existe outras Instituições Municipais, onde o idoso pode realizar atividades físicas, sociais e culturais, além de atender, abrigar e acolher os mesmos, como por exemplo, o Parque Municipal do Idoso, na qual é um espaço onde são desenvolvidas atividades físicas, laborativas, recreativas, culturais, associativas e de educação para a cidadania, com o objetivo de melhorar a qualidade de vida da população idosa de Manaus. O Parque dispõe de piscina térmica, ginásio coberto, auditório com 250 lugares, pista de caminhada, salas de aula, dança e arte, lanchonete, salão de beleza, entre outros.

Construído para possibilitar à pessoa idosa qualidade de vida e socialização, por meio de atividades físicas, socioeducativas, culturais, artísticas e de lazer, com o objetivo de manter e ampliar a autonomia e independência. O Parque pode ser frequentado pela população idosa de Manaus, homens e mulheres a partir de 60 anos de idade. As atividades oferecidas pelo Parque são hidroginástica, alongamento, yoga, ginástica, ginástica terapêutica, ginástica elaborada, natação, caminhada orientada, dança de salão, dança do ventre, dança coreográfica, vôlei, tênis de mesa, tai chi chuan, pilates solo, hip hop, oficina do comportamento, artesanato, musicoterapia, canto/coral. Além disso, oferece alfabetização, palestras socioeducativas, encontro familiar e dinâmicas de socialização.

Temos ainda os espaços públicos e ao livre, como é o caso dos espaços criados na gestão anterior da Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SEDEMA), citando o Parque Sumaúma e o Mundo Novo, ambos no bairro da Cidade Nova, zona Norte, e a Ponte da Bolívia, no igarapé da Bolívia. Assim também como o Parque Encontro das Águas, no bairro de Puraquequara, zona Leste e o Parque Tarumã, na Cachoeira Alta. Estes somados aos que já existiam, tais como: o Parque do Mindu, no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

bairro do Parque Dez, e o Jardim Botânico, no bairro Cidade de Deus, além da reserva Adolfo Ducke, Horto Municipal Chico Mendes, na Avenida André Araújo.

No entanto, faz-se necessário a ampliação de benefícios no que diz respeito a lugares favoráveis as condições dos idosos, como por exemplo, academia de ginastica ao livre, pistas para caminhada e corrida, ciclovias, onde poderá ser proporcionado o encontro entre o lazer e a preservação ambiental.

Segundo AMARAL (2008) constatou em pesquisa recente que falta por parte dos setores públicos e privados políticas mais concisas nessa área, apontando que o setor público, "precisa-se acelerar suas ações no sentido de munir aparatos físicos e humanos para atender esta demanda da população, que há muito, já demonstra a necessidade de mais e melhores espaços físicos para esporte, lazer, educação e saúde", além da complementação dessa afirmação, é muito comum a falta de material adequado no uso de diversas atividades, isso causa dificuldade na realização de tarefas que acabam sendo substituídas, graças à competência de alguns profissionais da área, sendo que nem todos conseguem ser tão criativos, fazendo com que o idoso, muitas vezes, deixe de aproveitar o tempo fazendo aquilo que gostaria de realizar, portanto, é necessário providenciar locais apropriados para prática de atividades, visto que a demanda populacional que está em crescimento, afinal, as pessoas estão cada vez mais cientes de que precisam envelhecer com qualidade, pois não adianta ganhar longevidade se não tiver como aproveitar esse tempo de forma ativa e saudável participando efetivamente da vida em sociedade.

3.2 Benefícios e melhorias na qualidade de vida dos idosos

As atividades esportivas e de lazer influenciam positivamente nos aspectos biopsicossociais do envelhecimento humano, ainda assim o poder público local ainda não sinalizou com propostas bem fundamentadas e comprometida com bem-estar social da população, já que seria mais fácil investir na manutenção da saúde do que em gastos com a saúde.

Os benefícios apontados, por vários autores, irão sinalizar para necessidade de espaços públicos adequados para atender grupos de pessoas em fase de envelhecimento o que sinalizará para uma população mais saudável e ativa. De acordo com Werneck (2003), o lazer também é visto, como um artefato cultural construído pelos sujeitos a partir de quatro elementos inter-relacionados das ações do tempo, do espaço/lugar e dos conteúdos culturais vivenciados ludicamente pelos sujeitos.

Evidenciando Melo & Alves (1992) as atividades culturais são as que englobam os interesses humanos em suas diversas linguagens e manifestações,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

manifestam-se no tempo livre das obrigações profissionais, domésticas religiosas, interesses físicos, implicam nas práticas esportivas e todas as atividades onde prevalece o movimento, ou o exercício físico, incluindo as diversas modalidades esportivas.

Para as pessoas em fase de envelhecimento, o idoso, este é o momento de suas vidas que normalmente se aposentam e ficam ociosos sem muita perspectiva do que fazer esbarrando na falta de opção para aproveitar seu tão esperado tempo livre de forma prazerosa, pois poucos são os espaços destinados às atividades de lazer principalmente na periferia.

Para Larizzatti (2005) os espaços destinados às atividades de lazer devem ter significados diferentes em função da forma como cada sujeito os vê e os utiliza, pois possui funções básicas importantes para a sociedade, possuindo função educativa, integrativa, recreativa e compensadora. E, é este significado que ainda não se parece perceber por parte do poder público com relação aos espaços de esporte e lazer para idosos.

Em conformidade com Faria (2001) esclarece que, a socialização do lazer e a convivência com a diversidade, daí decorrentes; pode refletir em experiências enriquecedoras do ponto de vista individual e coletivo.

> A sociabilidade no lazer é rica de contatos sociais variados, em momento propício ao intercâmbio de ideias e experiências. Contudo o tempo de lazer é também um tempo precioso para a afirmação de um estilo próprio de comportamento social (CAMARGO, 2003, p.87).

Com relação à prática de esporte por idosos na cidade de Manaus, observamos um crescimento significativo nas últimas décadas. Isto devido ao crescimento de grupos de idosos, que mesmo com dificuldades de locais adequados, é verificado em alguns locais públicos, pessoas idosas praticando esporte adaptado as suas condições físicas, conhecido como esportes gerontológicos que seguem as características da concepção de esporte, "tendo como grande diferencial a relação suave de competir com uma característica de suportar numa versão participar" (PUGA BARBOSA, 2000, p.107), e que para muitos é visto como uma atividade de lazer.

Para (MAZO, LOPES, BENEDETTI, 2004) "o esporte pode ser praticado com idosos em seus diferentes aspectos: rendimento, promoção da saúde e lúdico, de forma adaptada ou não, de acordo com os interesses demonstrados por eles", portanto sugerindo as autoras que idosos podem praticar esporte de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

individual ou coletiva, dependendo de suas condições físicas e do interesse de cada um e sempre de forma bem orientada para não se ter um efeito contrario pela pratica mal dirigida podendo ocasionar mais danos que ganhos.

> [...] Os objetivos destas atividades com idosos é motivar a pratica de atividade física, cooperação, participação, dentre outras, e adaptação dos jogos, regras e regulamento, não garantem a minimização dos aspectos pertinentes à vitória e derrota. [...] para amenizar a competição gerada pelo jogo têm surgido várias propostas. Algumas delas levam em conta o esporte como promoção da saúde e participação, que amenizam a predominância de esporte de alto rendimento, além de motivar o maior numero de idosos nos jogos, possibilitando uma convivência saudável e educacional. (MAZO, LOPES, BENEDETTI, 2004, p. 222-223)

À medida que envelhecemos, deveríamos manter mais relacionamentos de amizades, e segundo Deecken (1997) um meio prático para isso, são os Clubes da chamada Idade de Ouro ou grupos da terceira idade**,** onde, certamente, conquistariam novas amizades e sairão da ociosidade que muitas vezes desencadeia um quadro depressivo.

Em pesquisas realizadas por Amaral (2008) com idosos do Programa Idoso Feliz Participa Sempre da UFAM, os entrevistados apontaram que muita coisa mudou em suas vidas depois que passaram a frequentar o programa, como segue na fala de um dos entrevistados identificado por G4 e G10:

> Eu era doente cardíaco e fui encaminhado pra aqui pra melhorar minha saúde e isso mudou minha condição física, se não já teria morrido mesmo, aqui convivo com muitas pessoas de minha idade até trouxe minha mulher e isso nos deixa muito feliz e nos mantêm vivo. "Isso aqui me rejuvenesce", (AMARAL, 2008).
>
> "Os esportes ajudam muito em tudo na minha qualidade de vida [...] depois com todo esse tempo de prática de tudo que se faz aqui, me sento e levanto no chão sem dificuldade e sem ajuda de ninguém", (AMARAL, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para as normas estabelecidas pela Organização Mundial de Saúde - OMS (1985), o conceito de saúde não está limitado a apenas a ausência de doença, mas sim, a um estado de bem-estar físico, psíquico e social.

Souza (1995), em pesquisa sobre os benefícios proporcionados pelas atividades físicas para idosos, apontou que no aspecto saúde houve um decréscimo em relação à insônia, crises de reumatismos, dores nas costas, entre outros, entretanto, a saúde do idoso está vinculada à melhoria da sua qualidade de vida, em vista que isto implica diretamente na melhoria, não só nos aspectos físico, como também no social e cognitivo.

Os objetivos da atividade física são abrangentes e não se restringem à busca de rendimento ou desempenho, na qual incluem a exploração dos sentidos e do potencial de cada um. Concebida desta forma, pode levar a uma diminuição de problemas ligados ao envelhecimento, favorecer o emagrecimento, aumentar a agilidade nas tarefas diárias e ajudar a obter plenitude física e psíquica.

Exercícios físicos feitos regularmente trazem benefícios psicológicos que incluem aumento no senso de uma melhor eficácia, melhora da autoestima e melhor autoimagem corporal e têm sido associados à redução em estados de estresse, depressão e ansiedade (BERGER, 1989). Podem contribuir para ampliar o quadro de amizades, gerando afetos positivos e melhor saúde percebida.

Portanto, pode-se dizer também que a atividade física pode recuperar vivências corporais cotidianas que fazem parte da vida das pessoas, favorecendo a qualidade de vida e o bem-estar subjetivo.

3.3 Velhice bem sucedida e suas potencialidades

Além da ociosidade gerada pela mudança nos hábitos de trabalho, a velhice também chega, para muitas pessoas, acompanhada de frustrações pessoais, perda de pessoas queridas e fragilidades de saúde. Ao mesmo tempo, muitas vezes é também nessa hora que o lazer volta a fazer parte da vida e, assim, contribui para um aumento na qualidade de vida física e mental das pessoas, (LEITE, 1995).

A procura por grupos de recreação tem crescido devido a fatores intrínsecos e extrínsecos, como solidão, falta de trabalho, ou simplesmente por diversão. Os principais motivos que os levam à procura de um grupo de indivíduos da chamada terceira idade são melhora da qualidade de vida, melhora da condição em relação à sociedade, ocupação do tempo livre, fugir da solidão e encontrar diversão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É necessário proporcionar atividades de maneira que sejam: atraentes, diversificadas, com intensidade moderada, de baixo impacto, realizadas de forma gradual, promovendo a aproximação social, sendo desenvolvidos de preferência coletivamente, respeitando as individualidades de cada um, sem estimular atividades competitivas, pois, tanto a ansiedade como o esforço aumenta os fatores de risco. Com isso é possível se alcançar níveis bastante satisfatórios de desempenho físico, gerando autoconfiança, satisfação, bem-estar psicológico e interação social. Deve-se levar em conta que o equilíbrio entre as limitações e as potencialidades da pessoa idosa ajuda a lidar com as inevitáveis perdas decorrentes do envelhecimento (FERREIRA, 2003).

Velhice bem sucedida é uma condição na qual os idosos, sozinhos ou coletivamente, vivem com qualidade de vida, em relação aos ideais individuais e aos valores existentes no lugar onde vivem.

Faz parte de um envelhecimento bem-sucedida à história pessoal do idoso e a manutenção da plasticidade comportamental, dentro dos limites impostos pelo processo normal de envelhecimento. O envelhecimento bem-sucedido é definido por ROWE e KAHN (1997, 1998), como a habilidade que os indivíduos têm para manter as três seguintes características baixo risco para doença relacionada à incapacidade, elevado funcionamento físico e mental e engajamento ativo com a vida.

Para estes autores, é preciso que haja uma interação entre estes três componentes para que o conceito de envelhecimento bem-sucedido seja melhor representado. BALTES e LANG (1997) argumentam que recursos sensório-motores, cognitivos, de personalidade e sociais têm grande importância para o envelhecimento bem-sucedido porque eles facilitam a interação entre três processos adaptativos: seleção, compensação, e otimização de recursos para enfrentar e adaptar-se às perdas do envelhecimento.

A continuidade, a quantidade e a qualidade de atividades de amplo alcance físico e cognitivo têm sidos associados com bem-estar geral. PUSHKAR et al. (1997), supõem que a competência para realizar tarefas, a saúde psicológica e o bem-estar estão associados à continuidade na realização de atividades que exigem habilidades individuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Envelhecer bem irá depender do equilíbrio entre as potencialidades e limitações do indivíduo, o que permitirá, com formas diversas de eficácia, o desenvolvimento de mecanismos para enfrentar as perdas do processo de envelhecimento e a adaptação às incapacidades e desvantagens.

É necessário que os idosos aprendam a viver o restante de suas vidas da melhor maneira possível, praticando atividades físicas, estando no meio de amigos, com bom convívio familiar e com boa saúde. Isso além de gerar um bem estar no idoso, que se torna com mais autoestima, melhora o relacionamento dos idosos não somente com a família, mas, com todos a sua volta.

Nas atividades, seja ela física, de recreação, cultural, artesanal e etc, os idosos tem a oportunidade da reintegração social, assim como proporcionam melhoria na qualidade de vida, contribuem para uma vida mais saudável e prazerosa, assim como as atividades em grupo, bailes, viagens podem contribuir para um resgate do convívio social e para que o envelhecimento deixe de ser apenas um período de perdas, abandono, solidão e exclusão por parte da sociedade.

Portanto, a sociedade também pode colaborar para um envelhecimento mais feliz, modificando sua postura em relação ao tratamento dado ao idoso, de maneira que haja interação, para que sejam alcançados os objetivos das politicas publicas na conquista de lutas incansáveis de cidadãos que acreditaram em dias melhores para assim exercerem de fato os seus direitos.

4.CONCLUSÃO

As políticas públicas referentes ao lazer para os idosos são essenciais para que se tenham melhorias nas condições de vida durante a idade avançada. Para que novas políticas sejam criadas torna-se necessário que a sociedade como um todo participe desse propósito cobrando dos órgãos públicos municipais o devido comprometimento com os idosos e também uma maior continuidade nos projetos desenvolvidos. É importante destacar que as políticas públicas de lazer ocorram em conjunto com o a administração do município e a sociedade, de forma a beneficiar não somente os idosos, mas a sociedade de uma forma geral.

Sendo assim, as políticas públicas voltadas para o lazer, esporte e educação devem então ser construídas e implantadas de maneira participativa e reivindicatória, de forma a possibilitar a superação da visão fragmentada e estreita que conduz a população a experiências alienadoras. O próprio idoso deve ser consultado durante o planejamento destes projetos, para que seus interesses sejam devidamente alcançados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, é preciso considerar que, no processo de criação destas políticas, é de extrema importância que ocorra um planejamento cuidadoso que identifique as barreiras que possam reduzir ou impedir a participação do sujeito idoso nas atividades de lazer propostas. Todas as dificuldades encontradas nesta fase da vida precisam então ser levadas em consideração para que as iniciativas obtenham sucesso.

Desta forma, é fundamental destacar as dimensões das politicas públicas de lazer voltado para o idoso, bem como a participação dos poderes públicos para que sejam assegurados os direitos e garantias dos idosos, afim de que os mesmos possam usufruir de locais apropriados para sua diversão e lazer, também como, aproveitar seu tempo livre para se exercitar, conhecer pessoas e interagir de maneira que seu bem-estar seja alcançado.

Portanto, conclui-se que envelhecimento não é dependente de apenas um processo físico, mas também de um estado de animo, de oportunidades e de prazer, porém, a gestão pública para idosos é de suma importância, porque contribui para a elevação do nível de qualidade de vida dos mesmos, pois não adianta ganhar longevidade se não tiver como aproveitar esse tempo de forma ativa e saudável, participando efetivamente da vida em sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sheila Moura. **A dinâmica cultural de 10 anos da pratica de esportes gerontológicos por acadêmicos da Universidade da 3ª idade Adulta da UFAM. Dissertação de Mestrado em Educação.** 132p. Universidade Federal do Amazonas - UFAM. Manaus, 2008

DEECKEN, A. **Saber envelhecer.** 3ª ed. Petrópolis. RJ: Editoras Vozes, 1997.

LARIZZATTI, Marcos F. **Lazer e recreação para o turismo**.Rio de Janeiro: Sprint, 2005.

MELO, Victor; ALVES, Junior Edmundo de Drummond. **Introdução ao Lazer**. Barueri, SP: Manole, 2003.

MAZO. G. Z; LOPES, A. & BENEDETTI. T. B. **Atividade física e o idoso: concepção gerontológica.** 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2004.

OMS. **Organização Mundial da Saúde. Grupo de qualidade de Vida da divisão da saúde Mental da Organização Mundial de Saúde** - OMS, 1985.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DEBERT, Guita Grin. **A reinvenção da velhice: socialização e processos de reprivatização do envelhecimento.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fapesp, 1999.

DATASUS. **Indicadores de Dados Básicos para a Saúde**, 2007. Disponível em www.datasus.gov.br/cgi/idb2007/a05.htm. Acessado em 07 de maio de 2012.

PALLONI, A.; PINTO-AGUIRRE, G.; PELÁEZ, M. **Demographic and health conditions of ageing in Latin America and tha Caribbean. International Journal of Epidemiology** 31, 2002. p.762-771. Acessado em 07 de maio de 2012.

Leite, Celson Barro. **O Século do lazer.** São Paulo, SP: LTR, 1995.

Brasil. Lei No 8.842, de 04 de janeiro de 1994. **Política Nacional do Idoso.** Acesso em 2012 maio 07. Disponível em: http://www.planalto.gov.br

Brasil. Lei No 10.741, de 01 de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Acesso em 2012 maio, 07. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/2003/L10.741

AMERICA COLLEGE OF SPORTS MEDICINE. **Prova de esforço físico e prescrição de exercícios.** Rio de Janeiro: Reuimter, 1994.

BROUWER, L. **A arte de permanecer jovem.** Rio de Janeiro: Record, 1981.

REBELATTO, J. R.; MORELLI, J. G. S. **Fisioterapia geriátrica: a prática da assistência ao idoso.** São Paulo: Barueri, 2004.

VANDERVOORT, A. A. **Alterações biológicas e fisiológicas.** IN: PICKLES, et al.

Fisioterapia na terceira idade. São Paulo: Santos, 2000.

ZIMERMANN, G. I. **Velhice: aspectos biopsicossociais.** Porto Alegre: Artmed, 2000.

GONONG, F. W. **Fisiologia médica.** 19. ed. Rio de Janeiro: Mc Gran-Hill, 2000

BROUWER, L. **A arte de permanecer jovem.** Rio de Janeiro: Record, 1981.

OKUMA, Silene Sumire. **O Idoso e a Atividade Física: Fundamentos e Pesquisa.** Coleção Vivaidade. Campinas: Papirus, 1998.

MEIRELLES, Morgana A. E. **Atividade Física na Terceira Idade**. 3 ed. Rio de Janeiro: SPRINT, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FERREIRA, Maria Letícia Mazzuchi. **Memória e velhice: do lugar da lembrança. In: Lins de Barros,** Myriam Moraes (org). Velhice ou terceira idade? 3 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

NOTAS:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES VIRTUAIS: ASPECTO JURÍDICO E PROCESSUAL NOS CRIMES DE INFORMÁTICA

LEANDRO MORAES DE LIMA MARCOLINO:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM – Manaus, AM.

JOÃO CHAVES BOAVENTURA[1]

(orientador)

RESUMO: Um aspecto perigoso da 'Era da Internet' que todas as empresas e agências governamentais devem combater com eficácia é o crime cibernético. Conforme a tecnologia avança, os criminosos também avançam. A cobertura da mídia dos ataques a *sites* corporativos em resposta ao bloqueio do *WikiLeaks* e de seu fundador renovou o foco público nas vulnerabilidades da segurança de TI corporativa e no perfil dos cibercriminosos. Desta forma, este estudo teve como objetivo geral de verificar se o ambiente virtual deve ser considerado bem no sentido jurídico, além de especificamente explorar a questão de saber se os mundos atuais dos sistemas tecnocráticos, corporativos e anárquicos de governança deveriam ser problemáticos do ponto de vista da governança democrática com relação aos crimes virtuais; identificar na Lei nº 12.737/2012 aspectos positivos, negativos e pontos a melhorar para o combate aos crimes virtuais; e, analisar o crime virtual no direito comum, com base nos quatro elementos em que os crimes consistem: conduta, estado mental, circunstâncias decorrentes e um resultado ou dano proibido. Esses objetivos foram traçados para responder ao seguinte questionamento: até que ponto a legislação brasileira consegue combater tais crimes? Assim, este artigo foi construído por revisão integrativa em livros e artigos eletrônicos que tratam especificamente do tema com a finalidade de fazer uma breve visão geral do *status* atual do ordenamento jurídico brasileiro e das atividades de aplicação da lei relativas ao cibercrime e ao cibercriminoso.

Palavras-Chave: Internet. Crime virtual. Lei nº 12.737/2012.

ABSTRACT: A dangerous aspect of the 'Internet Age' that all businesses and government agencies must tackle effectively is cyber crime. As technology advances, criminals also advance. Media coverage of attacks on corporate websites in response to the blockade of WikiLeaks and its founder has renewed the public focus on corporate IT security vulnerabilities and the profile of cybercriminals. Thus, this study had the general objective of verifying whether the virtual environment should be considered well in the legal sense, besides specifically exploring the question of whether the current worlds of technocratic, corporate and anarchic systems of

governance should be problematic from the point of view. view of democratic governance in relation to cybercrime; to identify in Law nº 12.737 / 2012 positive, negative aspects and points to be improved in the fight against virtual crimes; and, to analyze virtual crime in common law, based on the four elements in which the crimes consist: conduct, mental state, resulting circumstances and a prohibited result or damage. These objectives were designed to answer the following question: to what extent is Brazilian law able to combat such crimes? Thus, this article was built through an integrative review of books and electronic articles that specifically deal with the topic in order to provide a brief overview of the current status of the Brazilian legal system and the activities of law enforcement relating to cybercrime and cybercriminals.

Keywords: Internet. Virtual crime. Law No. 12,737 / 2012.

INTRODUÇÃO

Desde o advento da internet no final dos anos de 1960 e sua incrível expansão, uma preocupação tomou conta do Estado: a possibilidade do uso da tecnologia para o cometimento de crimes. Esse projeto de pesquisa explora o fenômeno social emergente dos mundos virtuais e as questões legais levantadas por esses ambientes. (NIGRI, 2017).

O Ambiente virtual é um ambiente que funciona livremente e um aspecto perigoso da era da Internet que todas as empresas e agências governamentais devem combater efetivamente é o cibercrime. À medida que a tecnologia avança, os criminosos também. A cobertura da mídia dos ataques a sites corporativos em resposta ao bloqueio do *WikiLeaks* e de seu fundador renovou o foco público nas vulnerabilidades da segurança corporativa de TI e no perfil dos cibercriminosos (MIRANDA, 2019).

Enquanto os ataques cibernéticos recentes a outras corporações podem não ter sido tão debilitantes quantos outros esquemas mais elaborados, os ataques demonstram a rapidez com que um grupo de hackers vagamente afiliados pode se mobilizar por uma causa - ou, no caso de Julian Assange - e trazer sobre inconvenientes significativos, se não danos consideráveis (DAOUN, 2016).

Para empresas e governos nos níveis federal e estadual, o custo potencial desses ataques é espantoso. Governos do mundo interior tem deixado que as apostas claras, argumentando que a ameaça cibernética é um dos mais sérios desafios econômicos e de segurança nacional que deve ser enfrentando pelo mundo e, no Brasil não é diferente, já que a prosperidade. econômica no século XXI dependerá da segurança cibernética (ROSSINI, 2014).

Cibercrime é um termo amorfo que, em sua maior amplitude, é usado para descrever qualquer crime que seja facilitado ou cometido usando um computador, rede ou dispositivo de hardware e começou a chamar a atenção da população nos anos 1980, quando A visão pública e científica do crime informático mudou radicalmente. No final da década de 1980, o Congresso Americano aprovou a Lei de Abuso e Fraude de Computadores (CFAA), considerado o primeiro sistema normativo com relação ao ambiente virtual (CARVALHO, 2014).

No Brasil somente no ano de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.737/2012, que alterou o Código Penal e tipificou os crimes cibernéticos no Brasil, seno um passo atrasado, mais definitivo no combate a esse tipo de crime. Assim, os crimes de internet são muito executados por garantir aos agentes que os praticam a seu ver mais segurança e uma situação anônima uma vez que eles utilizam no lugar de armas aparelhos eletrônicos como celulares, *tablet*s, computadores e etc. para a prática do crime. Muitas vezes sua identidade está preservada justamente pelo fato de os agentes utilizarem da falsidade ideológica. Desta forma pergunta-se: até que ponto a legislação brasileira consegue combater tais crimes?

Entre as ações de cyber criminoso estão à prática de quebra de sistemas de segurança, códigos de criptografia e senhas de acesso a redes, de forma ilegal e com a intenção de invadir e sabotar para fins criminosos. Alguns buscam lucrar com a venda de informações e fraudes, já outros, almejam unicamente notoriedade. Mas para que isso juridicamente tenha punição, teríamos que ter melhoria em ferramentas para identificação de tais crimes, bem como a adequação e melhoria do código civil. Para isso, um melhor conhecimento e treinamento destas cyber práticas se faz necessário a quem irá apurar e julga essas ações (NIGRI, 2017).

As complexidades dos esquemas cibernéticos têm se mostrado dinâmicas, evoluindo para atender às medidas de segurança aumentadas empregadas pelas empresas e pelo governo. Os ataques às empresas e governos incluem coisas como roubo de propriedade intelectual, apreensão de contas bancárias, geração e distribuição de *malware*, e outras atividades disruptivas. Os ataques cibernéticos contra o governo podem ter um impacto negativo ainda maior, potencialmente devastando a infraestrutura digital do país ou levando à exposição de informações altamente classificadas. Talvez o mais preocupante seja o fato de grupos de criminosos terem sinalizado o desejo de terem de usar ataques cibernéticos contra governo, empresas e pessoas. E para as pessoas a preocupação é ainda maior (CARVALHO, 2014).

Embora a fraca economia brasileira dos últimos anos, empresas e pessoas continua sendo alvo atraente para os cibercriminosos, pois suas redes mantêm

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

algumas das informações mais vitais de seus cidadãos, incluindo saúde e registros de condução, registros educacionais, bancários e criminais licenças profissionais e informações fiscais. Agora, mais do que nunca, são necessárias medidas proativas para combater essa ameaça em evolução (ROSSINI, 2014).

Assim é intenção desta pesquisa oferecer uma discussão robusta sobre as principais formas de crimes cibernéticos que afetam a sociedade civil com um todo, incluindo espionagem econômica ou estrangeira, informações maliciosas, *spam*, *phishing* e *hackers*, com um foco particular na forma de hackers "*botnet*".

Se o rótulo de criminoso está associado a um comportamento contrário às normas da comunidade, é necessário reconhecer que há pelo menos duas comunidades diferentes envolvidas. As expectativas da comunidade do mundo real são muito diferentes da comunidade do mundo virtual por vários motivos, mas não menos importante, devido às diferentes implicações do mesmo tipo de ação no mundo real e no virtual. O crescimento da Internet na última década levou ao surgimento de um conglomerado de empresas potentes.

Então, indaga-se O que é um crime cibernético? Existem coisas como crimes cibernéticos? Em caso afirmativo, qual é a diferença entre um crime cibernético e um crime comum?

Para responder a esse questionamento este estudo teve como objetivo geral, verificar se o ambiente virtual deve ser considerado bem no sentido jurídico. Além de especificamente explorar a questão de saber se os mundos atuais dos sistemas tecnocráticos, corporativos e anárquicos de governança deveriam ser problemáticos do ponto de vista da governança democrática com relação aos crimes virtuais; identificar na Lei nº 12.737/2012 aspectos positivos, negativos e pontos a melhorar para o combate aos crimes virtuais; e analisar o crime virtual no direito comum, com base nos quatro elementos em que os crimes consistem: conduta, estado mental, circunstâncias decorrentes e um resultado ou dano proibido.

Assim este projeto de pesquisa se justifica pois torna essa suposição problemática, a analisar se há realmente coisas como crimes cibernéticos. Se os crimes cibernéticos são um fenômeno distinto, eles devem diferir dos crimes tradicionais em algum aspecto material. O primeiro passo para determinar se os cibercrime realmente existem é, portanto, identificar como eles podem diferir dos crimes tradicionais. Se se pode postular diferenças materiais viáveis entre crimes cibernéticos e outros crimes.

A pesquisa será bibliográfica em livros e artigos acadêmicos contidos na rede mundial de computadores procurando identificar, sintetizar e avaliar a pesquisa

existente sobre o tema, com o objetivo final de revelar tendências na doutrina e na jurisprudência. Especificamente, ele se concentra em: (a) as características dos autores e manuscritos escritos sobre o assunto; (b) os aspectos metodológicos dos estudos empíricos, em termos de projeto, escopo e metodologia; e (c) as áreas temáticas abordadas, bem como as questões específicas levantadas dentro do tema escolhido.

2 INTERNET

Atualmente, é bastante comum que os usuários de um sistema estejam em um local diferente de onde se encontram os recursos computacionais da organização. Isso torna necessário o uso de mecanismos de transporte de informações entre diferentes computadores e entre computadores e seus periféricos (BIANCHI e BEZERRA, 2018).

As redes de comunicação de computadores permitem às pessoas o acesso instantâneo a dados e a usuários em diferentes escritórios ou localidades da organização. Em resumo, as redes oferecem as seguintes facilidades: acesso compartilhado a dados, aplicações, impressoras e outros dispositivos; correio eletrônico; acesso a usuários e dispositivos remotos; redução do custo de *software*, por meio de licenças de multiusuário; acesso e execução de processamentos em sistemas remotos (HELDMAN, 2013).

Para o bom funcionamento da comunicação de dados são usados: arquivo log de comunicações, onde ficam registrados todos os blocos transmitidos correta e incorretamente para efeito estatístico e para tentativas de recuperação de dados transmitidos; software de comunicação de dados para verificações de protocolo de transmissão, gravação do arquivo log de transações e para codificação e decodificação de sinais de comunicação; protocolo de transmissão, que garante a recepção correta do bloco de informações transmitido; software ou hardware para a realização de codificação e decodificação das informações transmitidas (MARQUES e MOTOYAMA, 2010).

O principal risco oferecido pelas redes é o de acesso não autorizado a dados e programas da organização, que pode resultar em danos ou prejuízos intencionais ou acidentais. Existe uma grande variedade de software e hardware especializados em limitar o acesso de indivíduos ou sistemas externos a uma rede de comunicação. Exemplos de componentes de rede que podem ser usados para limitar o acesso incluem *gateways* ou *firewalls* (dispositivos que restringem acesso entre redes, importantes para reduzir o risco associado ao uso da Internet), monitores de teleprocessamento (programas incorporados ao sistema operacional dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

computadores para limitar o acesso) e dispositivos de proteção dos canais de comunicação (MONTEIRO, 2019).

Em alguns casos envolvendo telecomunicação, não é possível ou prático restringir o acesso à rede mediante controles físicos ou lógicos. Nesses casos, ferramentas de criptografia podem ser usadas para identificar e autenticar usuários, bem como para auxiliar na proteção da integridade e sigilo de dados e programas, quando estes se encontram no sistema computacional; estão sendo transmitidos para outro sistema; ou foram armazenados em meios removíveis (disquetes e outros) (SCHWABER, 2012).

A criptografia envolve o uso de algoritmos (fórmulas matemáticas) e combinações de chaves (sequências de bits) que servem para transformar uma mensagem em códigos ininteligíveis para aqueles que não possuem a chave secreta necessária para decifrá-los, mantendo assim o conteúdo do arquivo ou mensagem confidencial. Servem também para fornecer uma assinatura eletrônica, a qual pode indicar se alguma alteração foi feita no arquivo, garantindo sua integridade e identificando o autor da mensagem (HELDMAN, 2013).

As redes *Wireless* são redes sem fio que seguem alguns padrões de conectividade, onde redes locais sem fio são usadas comumente, conforme Monteiro (2019, p. 133):

> 1 – Redes sem fio verdadeiras que tem como característica básica as conexões que devem ser usadas em ambientes muito dinâmicos;
>
> 2 – Redes locais sem fios flexíveis que tem como característica básica as conexões sem fio para Hosts ou servidores;
>
> 3 – Conexões LAN que tem como característica básicas o uso de computadores de grande porte e com objetivos de atingir pontos mais remotos para a transmissão de dados.

Segundo Monteiro (2019, p. 134) são componentes deste último exemplo (Wireless LAN):

> Os componentes essenciais de LAN's sem fio são os mesmos ou similares aos das LAN's convencionais. A mudança maior está na substituição de cartões de interface de redes Ethernet e Token Ring com seus similares nas LAN's sem fio, e a ausência de conectores de cabo. Os componentes principais são:

- Cartões de Interface de rede -NIC's (Network Interface Cards). Este deve ser da forma PCMCIA para notebooks ou cartões padrão ISA para desktops.

- Antenas para captar e difundir sinais de rádio, onde diversos tipos de antenas são utilizadas.

- Antenas Direcionais que levam sinais de rede para longas distâncias tais como edifício para edifício. Eles são montados em postes ou mastros em telhados para assim aumentar o alcance.

- Antenas Onidirecionais - em áreas de cobertura são fixados para acessar pontos onde a mobilidade é requerida.

- Pontos de acesso ou módulos de controle ou hubs controladores de cartões NIC.

As grandes vantagens do uso de redes *Wireless* para banco de dados IDMS são de dois aspectos: todo banco de dados é distribuído, principalmente, entre os componentes sob a rede com fio, possivelmente com replicação parcial ou total. Assim, uma estação de base gerencia seu próprio banco de dados com as funcionalidades inerentes aos Sistemas de Gerenciamento Integrado de Dados (IDMS), com funcionalidades adicionais para localizar unidades e características adicionais de gerência de consultas e transações, para atender aos requisitos; e o banco de dados é distribuído entre os componentes sob a rede com fio e com os componentes sob a rede sem fio. A responsabilidade sobre a gerência de dados é compartilhada entre estações de base e unidades (SCHWABER, 2012).

3 CRIMES VIRTUAIS

Quando assumiu a presidência dos Estados Unidos da América, o ex-presidente Barak Obama deu a seguinte declaração:

> No mesmo dia, vemos ondas de ladrões cibernéticos procurando informações confidenciais - o funcionário insatisfeito do lado de dentro, o *hacker* solitário a mil milhas de distância, o crime organizado, o espião industrial e, cada vez mais, os serviços de inteligência estrangeiros (CASSANTI, 2014, p. 56).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Não existe um perfil estático para um cibercriminoso, pois eles assumem várias formas em seu esforço para roubar, trapacear e destruir. Para consumidores e empresas, é mais provável que o cibercriminoso que eles encontram seja um ser humano. Por um estudo de 2016, descobriu-se que 76.00% dos cibercriminosos eram homens, com mais da metade residindo nos Estados Unidos. No Brasil ficam na regiões Sul/Sudeste com maior parcela de perpetradores relatados, com 14,7%, no Estado de São Paulo. No contexto mundial, Estados Unidos tinham o maior número de cibercriminosos do mundo, com 65,4% dos residentes relatados no país (MONTEIRO, 2017).

Para as empresas, além de se defenderem de agentes cibernéticos envolvidos em espionagem corporativa, eles devem ser particularmente cautelosos com os chamados *insiders* maliciosos descontentes funcionários que voltam suas proezas tecnológicas contra a empresa (ALBUQUERQUE, 2006).

E para o governo, os perfis podem ser ainda mais sinistros. O *Government Accountability Office* (GAO) descreveu seis fontes principais de ameaças cibernéticas aos governos federais em seu relatório de 2009: nações estrangeiras, grupos criminosos, *hackers*, *hacktivistas*, *insiders* descontentes, e terroristas. Cassanti (2014, p. 62) é bastante incisivo sobre a questão:

> No mundo, a perspectiva de um ciberterrorista desonesto é particularmente assustadora, especialmente quando se considera alguns dos métodos que poderiam ser usados para incapacitar a nação: um ciberterrorista pode invadir sistemas de computador e interromper o sistema bancário doméstico, as bolsas de valores e transações financeiras internacionais, levando a uma perda de confiança na economia. Ou ele pode invadir um sistema de controle de tráfego aéreo e manipulá-lo, fazendo com que aviões colidam. Um terrorista poderia invadir os computadores de uma empresa farmacêutica, mudando a fórmula de alguns medicamentos essenciais e causando a morte de milhares de pessoas. Ou um terrorista pode invadir os computadores de uma empresa de serviços públicos, alterando a pressão nas linhas de gás, mexendo em válvulas e causando a detonação e o incêndio de um subúrbio.

Além disso, os cibercriminosos nem sempre são lobos solitários, mas às vezes se unem para promover seus empreendimentos criminosos. Por exemplo, Koobface, um programa malicioso que vitimou usuários do Facebook por mais de dois anos, foi criado por um grupo criminoso operando em São Petersburgo, na Rússia, e rendeu à gangue mais de US$ 2 milhões em um ano vendendo o Koobface's

informações da vítima para comerciantes e fabricantes de *software* antivírus falso (CRESPO, 2011).

Outras associações cibercriminosos, como a agora extinta *Shadowcrew*.com, se assemelham mais a clubes ilícitos ou redes sociais, em que os usuários podem trafegar nos bancos de dados de números de contas bancárias roubadas, compartilhar dicas sobre empresas vulneráveis a ataques ou discutir esquemas eficazes de e-mail. Mais o que é um crime virtual? Para definir crime virtual é necessário cautela com o conceito geral de um crime virtual. Um dos primeiros e mais conhecidos crimes virtuais foi o estupro no ciberespaço relatado pelo jornalista e escritor Julian Dibbell. O estupro era essencialmente uma descrição textual não consensual em tempo real do estupro de um membro da comunidade *online* para outros membros da comunidade (CASSANTI, 2014).

A aparência superficial do estupro era a exibição, nos monitores de computador de vários membros da comunidade, de frases textuais gráficas e ofensivas (LÉVY, 2013).

Assim, o cibercrime se consubstancia como uma variedade de crimes. Como tal, envolve a inflição de um dano socialmente intolerável e socialmente proibido. O dano infligido pelo crime cibernético pode ser um dano tradicional ou um novo dano. Em qualquer dos casos, o impacto do dano é sentido no mundo físico real. Se um fraudador usa mensagens de e-mail de *spam* para fraudar mil pessoas em, uma média de US$ 1.500 cada, tem-se um crime cibernético que inflige um dano tradicional (fraude, ou seja, o uso de truques para privar indevidamente o dinheiro de alguém ou propriedade) no mundo real (MEIRELLES, 2014).

A metodologia usada para infligir o dano é nova, mas o dano em si não é. Supondo que isso seja verdadeiro para todos os crimes cibernéticos. O crime cibernético é apenas um subconjunto do crime; como tal, é um componente constituinte de um conglomerado de categorias conceituais e metodologias operacionais, cujo objetivo é controlar a atividade humana que afeta negativamente a capacidade de um estado-nação de manter a ordem no mundo real (BOLTER, 1991).

Na verdade, até o final do século passado, tal atividade poderia ocorrer apenas no mundo real. Isso, em certo sentido, ainda é verdadeiro em relação ao crime cibernético. Embora os criminosos possam usar o ciberespaço como um vetor para infligir danos e, assim, se libertar das restrições da realidade física, os fins que buscam - e os danos que infligem - ainda estão baseados na realidade física (CORRÊA, 2000).

Isso é verdade independentemente de um cibercriminoso roubar dados ao copiá-los ou infligir ferimentos físicos ou mesmo a morte sabotando um sistema de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

controle de aeronaves civis. Em qualquer caso, o dano é sentido no mundo real. Os dados crime virtual são cada vez mais privados de controle sobre essa propriedade; e as vítimas do sistema de controle de tráfego aéreo comprometido sofrem lesões físicas ou morte em acidentes de avião. Esses exemplos envolvem a inflição de danos graves, mas a base física de danos é igualmente inevitável quando um criminoso usa o ciberespaço para infligir um dos danos leves que a lei criminal reconhece (CRESPO, 2011).

O jogo *online* é proibido nos Estados Unidos Estados nos níveis federal e estadual. A justificativa para fazer isso é a mesma dada para proibir o jogo que ocorre inteiramente no mundo real: as leis protegem aqueles que não conseguem se controlar de perder dinheiro que não podem perder e de se vitimizarem e aqueles que dependem deles. O mesmo é verdadeiro para a lógica usada para extrapolar as leis de perseguição e assédio para abranger o uso do ciberespaço para infligir os danos leves que essas leis abrangem (LÉVY, 2013).

É verdade para todos os crimes cibernéticos leis que se tem porque, , essas leis, como todas as leis criminais, estão preocupadas em impedir o dano infligido no mundo físico real. O mundo físico é onde reside em última análise; é onde os mecanismos que fazem cumprir as leis de crime e cibercrime são projetados para operar. E tem sido, até recentemente, o único local para a atividade humana (MEIRELLES, 2014).

E quanto ao cibercrime em mundos virtuais? O crime cibernético pode ser cometido tanto nas áreas públicas do ciberespaço quanto nas áreas privadas dos mundos virtuais. A análise acima se aplica a crimes cibernéticos cometidos em um mundo virtual? Logicamente, parece que o crime cibernético cometido em um mundo virtual não é, por definição, cometido no mundo real e não pode, portanto, resultar na inflição de um dano (grave ou leve) englobado pelo mundo real leis de crime/cibercrime (VEEN, e WRAKKING, 2009).

A falha dessa lógica é que ela pressupõe que a prática de um crime cibernético em um mundo virtual ocorre totalmente naquele mundo virtual. Mais precisamente, pressupõe não apenas que a conduta envolvida na prática do crime cibernético ocorre no mundo virtual, mas também que o dano que a conduta inflige existe apenas nesse mundo virtual (SILVA, 2010).

Ambas as suposições são incorretas: a menos e até que se decante as consciências na mídia do computador e abandone-se o mundo físico, a conduta envolvida em cometer um crime cibernético em um mundo virtual não pode ocorrer inteiramente nesse ambiente virtual. O perpetrador e a vítima estão fisicamente localizados no mundo físico; e o mundo físico é o *lócus* da atividade (sua conduta)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que tem certos efeitos no mundo virtual (ou, talvez mais precisamente, são percebidos como tendo certos efeitos no mundo virtual). A conduta envolvida na prática de um crime cibernético em um mundo virtual irá, até certo ponto, ocorrer naquele mundo virtual, mas, em última instância, permanece baseada na realidade física (ROLIM, 2006).

E enquanto a conduta pode se manifestar no mundo virtual, o dano não pode. Um crime cibernético resulta necessária e inevitavelmente na imposição de um dano reconhecido e proscrito ao mundo físico. Se o dano resultante da conduta em um mundo virtual não se espalhar para o mundo real, então não há crime cibernético (PECK, 2002).

4 Lei nº 12.737/2012.

No ano de 2012, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 12.737 criou os mecanismos no ordenamento jurídico brasileiro para penalizar os crimes cometidos na Internet (DAOUN, 2016).

Mas se mostrou bem aquém do que determinam outras legislações no direito comparado e não fez previsões substanciais como desenvolver esforços do governo federal no desenvolvimento de pessoal qualificado para sua equipe de segurança cibernética, organizando e priorizou os vários aspectos da pesquisa e desenvolvimento de segurança cibernética do governo, melhorando assim, a transferência de tecnologias de segurança cibernética para o mercado e reforçando o papel do Ministério da Ciência e da Tecnologia para desenvolver e implementar programas de educação e conscientização pública de segurança cibernética para promover as melhores práticas (BRASIL, 2012).

Em 2014 foi aprovado o Marco Civil da Internet no Brasil com a Lei nº 12.965 que poderia imprimir um reforma, a oposição da indústria e as disputas partidárias impediram a aprovação de uma reforma abrangente. Parte do motivo do atraso pode ser que alguns membros do Congresso tinham preocupações relacionadas ao aumento do controle governamental da Internet (BRASIL, 2014).

Foram necessárias novas leis criminais para dar conta dos novos danos sociais que ocorrem nos mundos virtuais? À primeira vista, pode parecer uma pergunta estranha. Os mundos virtuais estão em sua fantasia relativa. No Brasil, eles continuam sendo em grande parte o domínio dos *geeks* dos computadores, e a maioria se parece mais com desenhos animados ruins do que com qualquer coisa que se aproxime da realidade. Como resultado, imaginar novas leis criminais para mundos virtuais pode parecer fantasioso, na melhor das hipóteses. Mas imagine um futuro em que isso não seja mais verdade. Imagine uma realidade virtual de mundos virtuais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que parecem mundos bastante reais, com aparência, sensação e som muito parecidos com a coisa real. Se tal futuro acontecer, novas leis criminais serão necessárias para regular os danos virtuais nos mundos virtuais? (NIGRI, 2017)

No Brasil a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 tipificou em seu art. 1º os delitos de informáticos acrescentando por meio do art. 2º, ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts no arts. 154-A e 154-B que mudou substancialmente o entendimento anterior da lei e do direito penal

> Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:
>
> Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime é cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos" (BRASI, 2012)

Essa definição seguiu a tendência das definições adotadas nos países democráticos do mundo, mas ficou bastante restrito dada à dimensão e evolução natural dos crimes cibernéticos (CORRÊA, 2000).

Certamente pode-se encontrar outras atividades que podem ser consideradas crimes virtuais; pode-se discutir estupros virtuais, assassinatos virtuais etc. No entanto, é essencial fazer uma pergunta - se e quais atos devem ser puníveis pelo direito penal (CASSANTI, 2014).

Embora muitos leigos não percebam isso, um número significativo de crimes virtuais já foram puníveis por lei criminal. Nós se pode fazer isso claro pela definição de que os fatos qualificados de um crime surgem da abstração de certos atos perigosos para a sociedade. Quanto mais geral a qualificação de fatos concretos de um crime, maior a variedade de atos subordinados (ALBUQUERQUE, 2006).

Assim, é possível subordinar atos nem mesmo previsíveis pelo legislador sob fatos qualificados existentes de um crime; no entanto, essa possibilidade é limitada. Os elementos do crime não podem ser definidos de maneira tão geral que abrangeria

todos os atos perigosos para a sociedade. Isso pode resultar em apenas um ato criminal definido pelo Código Penal, que, acaba por tornar a adivinhação impossível (ROLIM, 2006).

Além disso, fatos qualificados de maneira geral geralmente definidos por um crime contradiz o princípio de "*nullum crimen sine lege*" e o princípio da segurança jurídica. A substância de toda a questão sugere, portanto, que os atos criminosos existentes não podem cobrir totalmente todos os tipos de conduta perigosa para a sociedade. Portanto, cabe ao legislador considerar a criminalização de certos atos mediante a criação de novos fatos qualificados. No Brasil a punição dos mencionados crimes virtuais sob o direito penal tem ocorrido em alguns tribunais (ROLIM, 2006).

O caso de peculato cometido por funcionários públicos da Secretária de Fazenda de São Paulo no ano de 2013 seria (sob o Código Penal, conforme alterado pela Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012 e em seus artigos 154-A e 154-B) punível sob o crime de peculato, definido como a apropriação de bens confiados ou outros bens valores públicos e os danos causados à governança pública que não são insignificantes (ou seja, danos em valores substanciais). Foram julgados e condenados, por terem se utilizado do sistema de informática para cometer crimes. (CASSANTI, 2014).

Com o advento das redes sociais esse ambiente se ampliou por serem as redes sociais a grande novidade comunicacional do século XXI. Através de seu uso, as pessoas começaram a dar significância as suas opiniões pessoais que, antes estavam relegadas a outro tipo de significância. Passaram a ter voz, em ter sentido, em ter relevância (CRESPO, 2011).

O termo simbólico rede social começou a ser empregado para designar os aspectos muito diversos da vida social a partir dos recursos de comunicação, via internet. É moda atualmente fazer parte de uma rede social, no mínimo, como política simbólica de existência no mundo da comunicação, ou ainda a sociedade da comunicação, ou o Estado-Espetáculo, ou seja, o que foi vivido em comunicação de massa está em outro curso comum, dando lugar a um novo estratagema ou manipulação. Sem dúvida que o fenômeno redes sociais é irreversível e sua dinamicidade cada vez mais influente. Para Recuero (2011, p. 24):

> Uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos, os nós da rede) e suas conexões (interações ou laços sociais). Um rede é uma metáfora para observar os padrões de conexão de um grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> diversos atores. A abordagem rede tem seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e nem suas conexões.

Como se pode observar pelo posicionamento conceitual de Recuero (2011) as redes sócias se constituem a partir de uma identidade sociocultural, como um estratagema ou como manipulação, dependendo do objetivo que se quer atingir. Ela induz ao acerto de atitudes ou ao erro de comportamento, quando este uso é negligenciado e se toma aquilo como realidade e, como ela se forma em torno de uma identidade sociocultural, acaba por funcionar como uma contracultura, quando é deliberadamente mantida entre o real e o imaginário graças a discursos virtuais, relatos ou mitos, que descrevem um estado de coisas inteiramente hipotético, como "se estivesse ali", e "práticas ou ritos que nos levam a agir como se fosse realça a situação que se quer suscitar" (MEIRELLES, 2014, p. 413).

No Brasil a lei foi promulgada mais para atender uma demanda da sociedade do que realmente produzir um arcabouço jurídico de proteção. Um exemplo bem claro ficou na tensão entre as perspectivas virtuais e físicas que sempre é um tema recorrente na lei da internet. As transações em rede podem ser modeladas de duas maneiras: virtualmente e fisicamente. A abordagem virtual olha para os fatos virtuais vivenciados por um usuário. A modelagem de transações da Internet de uma perspectiva virtual interpreta os fatos da Internet da perspectiva de um usuário da Internet (NIGRI, 2017).

A partir dessa perspectiva, um usuário entra em um mundo virtual. Pode visitar lojas para fazer compras, entrar em uma sala de *chat* virtual para falar com outros usuários ou ir a shows virtuais para ouvir música. A perspectiva física é diferente. Modelar as transações da Internet a partir de uma perspectiva física se concentra no que realmente acontece em vez do que o usuário percebe (CARVALHO, 2014).

Desta perspectiva, um usuário não entra em um mundo virtual e isso a lei não tratou . Em vez disso, ele se conecta a um servidor localizado em algum lugar do mundo e, em seguida, envia e recebe comunicações eletrônicas. O foco permanece no que realmente ocorre por meio da rede física, ao invés de analogias virtuais com base nas percepções do usuário. A distinção entre as abordagens virtuais e físicas é crítica para entender como o direito penal se aplica aos mundos virtuais (ROSSINI, 2014).

A Lei nº 12.737/2012 se concentrou na perspectiva física em vez da virtual. A lei em voga proibiu a prática de uma série de elementos, e esses elementos devem ser interpretados de forma estrita. Se uma pessoa violou um determinado crime depende de os elementos terem sido satisfeitos. Os elementos dos crimes tendem a

ser físicos: eles exigem fatos físicos, comunicações entre lugares físicos, e impacto em pessoas físicas reais (BRASIL, 2012).

Por exemplo, o crime de homicídio proíbe a morte de uma pessoa, não de um avatar. O crime de invasão requer a entrada física de uma pessoa em um espaço, em vez de algum tipo de entrada virtual. O fato de que os crimes tradicionais geralmente seguem uma perspectiva física significa que o significado virtual da conduta em jogos *online* é irrelevante para a maioria das leis criminais (DAOUN, 2016).

O que importa é o que realmente acontece de uma perspectiva física, em vez do que um usuário do mundo virtual percebe. Crimes tradicionais cometidos usando o intermediário de mundos virtuais ainda serão crimes; O desperdício de dinheiro por meio de uma economia mundial virtual ainda é lavagem de dinheiro (MIRANDA, 2019).

Mas a má conduta que extrai significado social de seu significado na realidade virtual normalmente não terá ressonância com os estatutos criminosos. O estupro virtual não é estupro, pois não existe uma pessoa real que seja fisicamente violada. É uma história (ou uma imagem) de um estupro e nada mais. Embora um ato possa parecer o *ciber* equivalente a um crime, a lei concentra-se em elementos físicos reais, em vez de em análogos virtuais (NIGRI, 2017).

5 CONCLUSÃO

Na década de 1990, a noção de ciberespaço como um mundo virtual cativou usuários da Internet e acadêmicos. A metáfora era atraente em parte porque acessar a Internet realmente parecia entrar em um novo mundo.

Naquela época, os usuários da Internet conectavam seus *modems* a tomadas de telefone, discavam números de acesso e esperavam pelos bipes e ruídos conhecidos para levá-los até a rampa do mundo físico para a super estrada da informação.

Na última década, o virtual a metáfora do ciberespaço parece cada vez mais desatualizada. Hoje, a Internet está em toda parte. Ela está integrada ao mundo físico por meio de redes sem fio, *BlackBerries* e telefones celulares. A maioria dos usuários da Internet não pensa mais em passar o tempo no ciberespaço. Em vez disso, a Internet chega até eles. Conectividade é a norma, e a maioria dos usuários experimenta usar a internet como uma conexão a serviços, em vez de entrar no ciberespaço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A principal exceção a essa tendência são os programas de computador cada vez mais populares conhecidos como mundos virtuais, como o agora popular *Second Life*. Esses programas têm milhões de participantes regulares e, para muitos participantes, conseguiram tornar realidade a promessa do ciberespaço.

A popularidade dos mundos virtuais convenceu alguns estudiosos de que eles são a próxima grande novidade: é melhor estar-se pronto para lidar com a lei no no mundo virtual, continua o pensamento, porque em breve será tremendamente importante para milhões de brasileiros.

Não se tem certeza se isso é verdade, mas se for, levanta uma questão legal muito interessante (e até divertida): Se os mundos virtuais continuam a crescer e eventualmente parecem um verdadeiro mundo virtual em vez de um mero jogo, Como a lei se aplicará aos mundos virtuais? Este artigo se concentrou em um aspecto da lei dos mundos virtuais que recebeu apenas uma modesta atenção: Ele considerou duas questões. O primeiro foi descritivo: quando a conduta de um usuário de interne no mundo virtual aciona a responsabilidade por um crime no mundo real? A segunda questão foi normativa: no futuro, novas leis criminais serão necessárias para responder pelos novos danos sociais que ocorrem nos mundos virtuais?

A parte I do artigo argumentou sobre a internet e suas implicações. Na parte II foi argumentado sobre os crimes virtuais e na parte III a lei que regula o mundo virtual no Brasil com pouca ou nenhuma consideração à realidade virtual adotada.

O direito penal tende a seguir o físico ao invés do virtual: olha para o que a pessoa faz, e não para o que a vítima percebe virtualmente. Essa dinâmica restringe muito o papel do direito penal nos mundos virtuais. A lei existente não reconhece assassinato virtual, ameaças virtuais ou roubo virtual. Embora essas ofensas possam parecer aos usuários a versão cibernética dos crimes tradicionais, a lei existente exige prova de elementos físicos, em vez de analogias virtuais.

Com algumas exceções essa perspectiva física deixa o direito penal em grande parte marginalizado nos mundos virtuais. Os mundos virtuais serão regulados como qualquer outro, mas sua virtualidade normalmente não terá ressonância legal independente do ponto de vista do direito penal. Novas leis são necessárias?

Assim, é possível conclui que as legislaturas não devem promulgar novas leis criminais para dar conta dos novos danos sociais que podem ocorrer nos mundos virtuais. Os mundos virtuais no fundo são jogos de computador e os jogos são estruturas artificiais mais bem reguladas por administradores de jogos do que os governos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A melhor punição por uma violação de um jogo vem do próprio jogo. Isso não significa que os mundos virtuais *online* não sejam importantes. Ao contrário, os jogos podem ser extremamente importantes para a identidade de um indivíduo. Como qualquer aficionado por esportes sabe, um jogo pode ser uma fonte de tremendo orgulho, felicidade e decepção.

Mas o direito penal não regula todas as coisas importantes. O direito penal é um instrumento contundente que deve ser usado apenas como último recurso. O poder do estado de negar aos indivíduos sua liberdade é um poder extraordinário e deve ser preservado para danos que outros mecanismos não podem remediar. Mundos virtuais *online* podem parecer reais para alguns usuários, mas ao contrário da vida real, eles são mediados por administradores de jogos que pode agir com consequências internas ao jogo.

Danos virtuais internos devem desencadear soluções virtuais internas. É somente quando os danos se estendem para fora do jogo que a lei criminal deve estar potencialmente disponível para remediar os erros não reparáveis em outro lugar.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, R. C. de. **A Criminalidade Informática**. São Paulo, J. de Oliveira, 2006.

BIANCHI, P.; BEZERRA, M. **Redes de computadores *Wireless***. São Paulo: Makron Books, 2018.

BOLTER, D. J. **Espaço para escrever**: o computador, o hipertexto e a história da escrita. New Jersey: Lawrence Earlbaum, 1991.

BRASIL. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012**. Brasília: Congresso Nacional, 2012. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 20 de mai de 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014**. Brasília: Congresso Nacional, 2014. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 20 de mai de 2020.

CARVALHO, S. de. **A ferida narcísica do direito penal**: primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea. In: GAUER, Ruth M. Chittó (Org.). A qualidade do tempo: para além das aparências históricas: história, direito, filosofia, psiquiatria, antropologia e ciências sociais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014.

CASSANTI, M. de O. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CORRÊA, G. T. **Aspectos Jurídicos da Internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRESPO, M. X. de F. **Crimes digitais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DAOUN, A. J. **Crimes informáticos**. In: BLUM, Renato M. S. Opice (Coord.). Direito eletrônico: a internet e os tribunais. Bauru: EDIPRO, 2016.

HELDMAN, D. **Engenharia de *software* para redes de computadores**. São Paulo: Makron Books, 2013.

LÉVY, P. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 2013.

MARQUES, L. B. S.; MOTOYAMA, S. **Handoff Traffic Acceptance Criteria with QoS Guarantee for the CDMA 1xEV-DO RA System**. Artigo. 2010. Disponível em http://www.ewh.ieee.org/reg/9/etrans/ieee/issues/vol08/vol8issue3June2010/8TLA3_02Marques.pdf Acesso em 15/05/2013.

MEIRELLES, F. **O uso de TI's para crimes**: realidade e contexto. São Paulo, Summus, 2014.

MIRANDA, M. B. N. **Abordagem dinâmica aos crimes via Internet**. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 37, dez. 2019. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1828>. Acesso em: 15 de ago de 2020.

MONTEIRO, S. D. **O ciberespaço**: termo, a definição e o conceito. Revista da Ciência da Informação, v 8 n 3 jun/2017.

MONTEIRO, E. **Redes *Wireless* e banco de dados**. Artigo. 2019. Disponível em http://www.dimap.ufrn.br Acesso em 15 de ago de 2020.

NIGRI, D. F. **Crimes e segurança na internet**. In Verbis, Rio de Janeiro: Instituto dos Magistrados do Brasil, Ano 4, n. 20, p. 34-41, 2017.

PECK, P. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RECUERO, R. **Redes socais na internet**. 2ª ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

ROLIM, M. **A sindrome da Rainha Vermelha**: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ROSSINI, A. E. de S. **Informática, telemática e direito penal**. 2 ed. São Paulo: Memória Jurídica, 2014.

SCHWABER, K. **Programação de *software* ágil com *Scrum***. Tradução de Pereira Filho. São Paulo: Prentice Hall, 2012.

SILVA, M. da G M. da. **De navegadores a autores**: a construção do currículo no mundo digital. In: Anais do ENDIPE. Belo Horizonte. 2010.

VEEN, W.; WRAKKING, B. **Homo Zappiens**: educando na era digital. Porto Alegre: Artmed, 2009.

NOTAS:

[1] Professor orientador deste artigo

www.conteudojuridico.com.br

ACIDENTES DE TRABALHO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR EM ATIVIDADE DE RISCO

DAYVISON DAS NEVES MARINHO:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus

Resumo: Nota-se no Brasil há ocorrência de altos índices em casos de infortúnios laborais, com isso, o estudo da responsabilidade civil do empregador nos acidentes do trabalho é muito importante na atualidade, e um dos desafios no âmbito na esfera de responsabilidade civil é conseguir cumprir o requisito do nexo de causalidade do empregador no âmbito acidentário trabalhista, assim, o empregador expõe o empregado ao risco e responde independente da culpa, portanto, a responsabilidade civil do empregador em casos de acidentes do trabalho é um tema bastante controverso. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo demonstrar como se caracteriza acidentes no ambiente de trabalho nas atividades de riscos e a responsabilidade civil do empregador pelos danos decorrentes de acidente do trabalho. Para isso, utilizou-se como metodologia revisão bibliográfica abordando a temática A responsabilidade civil do empregador em atividade de risco. Por fim através das análises bibliográficas é responsabilidade do empregador proporcionar um ambiente seguro ao trabalhador, assim como, preservar a saúde deste.

Palavras-chave: Direito do trabalho; Responsabilidade civil objetiva e subjetiva; Acidente de trabalho; Reforma trabalhista.

Abstract: It is noted in Brazil that there are high rates in cases of occupational misfortunes, therefore, the study of the employer's civil liability in occupational accidents is very important today, and one of the challenges in the sphere of civil liability is to be able to comply the requirement of the employer's causal link in the context of occupational accidents, thus, the employer exposes the employee to risk and responds independently of fault, therefore, the employer's civil liability in cases of occupational accidents is a highly controversial topic. In this sense, the present study aims to demonstrate how accidents are characterized in the workplace in risk activities and the employer's civil liability for damages resulting from accidents at work. For this purpose, a bibliographic review approaching the theme Civil liability of the employer in risky activity was used. Finally, through bibliographic analysis, it is the employer's responsibility to provide a safe environment for the worker, as well as to preserve the employee's health.

Keywords: Labor law; Objective and subjective civil liability; Work accident; Labor reform.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Empregador, o Empregado e o Contrato de Trabalho. 1.1 Conceito de Acidente de Trabalho Típico. 1.2 Conceito de Responsabilidade Civil. 1.3 Conceito de Dano. 1.4 Conceito de Culpa . 1.5 Conceito de Nexo de Causalidade. 1.6 Conceito de Responsabilidade de Civil Subjetiva. 1.7 Conceito de Responsabilidade Objetiva. 2. Origem e Evolução dos Acidentes de Trabalho e da Responsabilidade Civil. 3. A Objetivação da Responsabilidade Civil do Empregador nos Acidentes do Trabalho. 4. Dever de Fornecer e Fiscalizar o Uso de EPI's. Discussão. Conclusão. Referências.

Introdução

O estudo da responsabilidade civil do empregador nos acidentes do trabalho é muito importante na atualidade, no Brasil há ocorrência de altos índices em casos de infortúnios laborais. Todavia, a problemática que envolve os acidentes de trabalho no país é preocupante, pois este assunto se refere ao fato social e tem grande importância para a economia do país, assim como consequência traz grandes impactos para sociedade.

Por essa razão primeiro será feito um estudo sobre o regime jurídico dos acidentes de trabalho, em que serão abordados fatores como evolução histórica, responsabilidade civil e conceito e as ações cabíveis da ocorrência do infortúnio.

Em seguida um estudo das principais teorias da causalidade em responsabilidade civil subjetiva e objetiva, com foco principal em o dano, culpa e nexo de causalidade, abordando duas teorias a respeito da responsabilidade do empregador, sendo portanto, a teoria da responsabilidade subjetiva preconizada no art. 186 e 927, caput do Código Civil de 2002, e também no art. 7º, XXVIII da Constituição Federal, e a teoria objetiva prevista no novel diploma civilista em seu artigo 927, parágrafo único.

Por fim, no último capítulo, será explicado fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana seguindo o contexto de proteção à vida e à saúde do trabalhador, ressaltando os deveres do empregador em fornecer e fiscalizar o uso de equipamentos de segurança individual - EPIS.

O presente estudo trata-se de uma abordagem qualitativa, pois tem o objetivo demonstrar como se caracteriza acidentes no ambiente de trabalho nas atividades de riscos, para isso, foi realizada uma pesquisa bibliográfica desenvolvendo uma pesquisa descritiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1. Conceito de Empregador, o Empregado e o Contrato de Trabalho

São definidos pela Consolidação das Leis Trabalhistas nestes termos:

> Art. 2 – Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.
>
> Art. 3 – Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
>
> Art. 442 – Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego.

Segundo Alice Monteiro de Barros é considerado empregador é: "pessoa física, jurídica ou o ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico" (BARROS, 2010).

1.1 Conceito de Acidente de Trabalho Típico

A Lei 8.213/91 traz o conceito de acidente de trabalho:

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (BRASIL, 1991).

Como destaca Martins Gamba (2010), do conceito legal de acidente típico de trabalho extraímos requisitos necessários para a sua ocorrência:

a) evento danoso: evento súbito, inesperado, externo ao trabalho e traumático;

b) decorrente do exercício do trabalho a serviço da empresa: exige-se que o evento seja oriundo do trabalho prestado para o empregador, ou seja, é necessário que haja uma relação de causa e efeito, conhecida como nexo causal;

c) provoque lesão corporal ou perturbação funcional: se não houver uma lesão física ou psíquica do trabalhador, não se terá o acidente do trabalho. Lembrando que a manifestação da lesão poderá ocorrer de modo tardio, mas com nexo causal com o acidente ocorrido;

d) cause a morte ou a perda da capacidade para o trabalho: é necessária a morte ou a perda ou redução, temporária ou permanente, da capacidade para o trabalho. Não se exige que esta perda ou redução seja instantânea.

1.2 Conceito de Responsabilidade Civil

Em sentido etimológico, responsabilidade exprime ideia de obrigação, encargo, contraprestação. Em sentido jurídico, o vocábulo não foge dessa ideia. A essência de responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação do dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2010).

1.3 Conceito de Dano

Asseveram Stolze e Pamplona (2012) que se classifica como dano ou prejuízo a agressão ao direito protegido juridicamente, independente se patrimonial ou extrapatrimonial. Deste modo, caberá indenização contra condutas que afetem patrimônio economicamente aferível, assim como direitos personalíssimos que não tenham valor monetário (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012).

Portanto, "é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica" (DINIZ, 2011).

Como demonstrado, o dano dar-se-á como subtração ou lesão de bem jurídico protegido pelo ordenamento. Destarte, este poderá ocorrer quando bens materiais forem atingidos, afetando assim, a esfera econômica no sujeito, bem como poderá ser moral, afetando os direitos que não sejam passíveis de comercialização (ARAÚJO,2016).

1.4 Conceito de Culpa

A abordagem do elemento culpa, o doutrinador Gonçalves (2012) traz que se a atuação desastrosa do agente é deliberadamente procurada, voluntariamente alcançada, diz-se que houve culpa lato sensu (dolo). Se, entretanto, o prejuízo da vítima é decorrência de comportamento negligente e imprudente do autor do dano, diz-se que houve culpa stricto senso. O juízo de reprovação próprio da culpa pode, pois, revestir se de intensidade variável, correspondendo à clássica divisão da culpa em dolo e negligência, abrangendo esta última, hoje a imprudência e a imperícia. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

qualquer de suas modalidades, entretanto, a culpa implica a violação de um dever de diligência, em outras palavras, a violação do dever de previsão de certos fatos ilícitos e de adoção das medidas capazes de evitá-los.

1.5 Conceito de Nexo de Causalidade

Dentre os pressupostos necessários para regular a responsabilidade civil do empregador, o nexo de causalidade se insere como o elo, que une a conduta do agente ao dano causado. Por lógica, "Somente de poderá responsabilizar alguém cujo comportamento houvesse dado causa prejuízo" (GAGLIANO, 2014).

1.6 Conceito de Responsabilidade de Civil Subjetiva

Além de contratual e extracontratual, a responsabilidade civil é classificada também em subjetiva e objetiva. Tal classificação foi assimilada pelo ordenamento jurídico pátrio no Código Civil a partir dos artigos 927 e seguintes, sendo então a responsabilidade civil subjetiva fundada na ideia de culpa, enquanto que na objetiva não se considera a culpa como um de seus pressupostos. A seguir serão analisadas cada uma das responsabilidades (CAVALIERI FILHO, 2012; SILVA, 2014).

Em se tratando de conduta culposa, pode-se entender a culpa em sentido amplo e sentido estrito: "a culpa em sentido lato abrange o dolo e a culpa stricto sensu, sendo formada por dois elementos, um objetivo e outro subjetivo. O primeiro representa a violação de um dever ou obrigação preexistente. Já o segundo diz respeito ao aspecto psicológico do agente" (CAIRO JÚNIOR, 2014).

Quanto às modalidades de culpa pode-se se citar as seguintes:

> a) culpa in eligendo – ocorre quando há má escolha de um representante ou preposto a quem é confiada certa tarefa ou atividade (ex.: o ato do empregador que contrata empregado não habilitado para as funções, ou sem as aptidões que dele exigem);
>
> b) culpa in vigilando – verificada quando a pessoa falta ao dever de velar, vigiar ou fiscalizar os atos de determinada pessoa, ou quando comete uma desatenção, não observando sua obrigação de vigilância (ex.: culpa do empregador que não fiscaliza os atos de seus empregados ou prepostos);
>
> c) culpa in custodiendo – trata-se de modalidade da culpa in vigilando, ocorrendo quando a pessoa se descuida, tendo a seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cargo a guarda de uma coisa, de um animal ou até de uma pessoa;

d) culpa in committendo – ocorre quando o agente pratica ato positivo (imprudência);

e) culpa in ommitendo – culpa que decorre da abstenção de prática que seria exigível do agente (negligência), por isso se afirmando que a culpa por omissão se trata de uma abstenção culposa;

f) culpa in contrahendo – segundo Caio Mário, é modalidade desenvolvida na concepção de Rudolph vo Jhering, ocorrendo quando uma pessoa, ao contratar, procede de forma que o outro contratante seja lesado com o próprio fato de celebrar o contrato, contrariando o princípio geral de não lesar – neminem laedere –, encontrando campo fértil na responsabilidade pré-contratual (ex.: quando uma das partes já sabe do perecimento do objeto) (SILVA, 2014).

1.7 Conceito de Responsabilidade Objetiva

A responsabilidade civil objetiva tem como fundamento a teoria do risco. Essa teoria como o próprio nome indica, baseia-se na ideia de risco, isto é, aquele que cria o risco está sujeito a indenizar pelo dano causado, independentemente de culpa. Essa teoria gerou diversas interpretações e, por conseguinte temos as seguintes modalidades do risco: risco proveito; risco profissional; risco excepcional; risco criado; e risco integral (CAVALIERI FILHO, 2012).

2. Origem e Evolução dos Acidentes de Trabalho e da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil, por sua vez, teve origem no direito romano, tendo nascido misturada com a responsabilidade criminal, com a ideia de vingança privada, como previa a Lei das XII Tábuas. Posteriormente, com o advento da Lex Aquilia, foi introduzido o elemento subjetivo culpa, sendo a pena proporcional ao dano causado como meio de reparação. Assim surgiu o termo "responsabilidade aquiliana", que se refere a responsabilidade subjetiva, prevendo a necessidade do elemento culpa para que o agente causador do dano tenha o dever de repará-lo (GONÇALVES, 2011).

No Brasil, a primeira lei que tratou dos acidentes de trabalho foi o Decreto nº 3.724 de 1919, que além de definir quais eram os acidentes de trabalho e garantir indenização para os operários e/ou seus familiares, delimitou em seu artigo 3º, quem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

era considerado operário para efeito da indenização, limitando a abrangência. Esta mesma norma em seu artigo 19 determinava que todo acidente de trabalho deveria ser comunicado a autoridade policial do local, pelo patrão, pelo próprio operário ou por qualquer outra pessoa, para a instauração do inquérito. Constituindo um avanço em relação ao Decreto nº 3.724 de 1919, foi expedido em 1934 o Decreto Legislativo nº 24.637, que dentre outras modificações, ampliou o rol de empregados beneficiários, passou a admitir-se como infortúnio do trabalho toda lesão corporal ou perturbação funcional, ou doença, produzida pelo trabalho ou em consequência dele. Passou a admitir também o acidente "in itinere", ou de percurso, quando o empregador fornecesse condução ao trabalhador para inda e vinda do trabalho, e para garantir a execução das indenizações, estabeleceu em seu artigo 36 que os empregadores que não mantivessem contrato de seguro contra acidentes, ficavam obrigados a fazer um depósito na Caixa Econômica Federal ou no Banco do Brasil (MARTINS, 2011).

O atual Código Civil Brasileiro vigente, editado em 2002, se manteve fiel à teoria subjetiva conforme se verifica nos seguintes artigos, in verbis:

> 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. Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3. A Objetivação da Responsabilidade Civil do Empregador nos Acidentes do Trabalho

Quanto à responsabilidade civil do empregador, porém, há discussão quanto a sua natureza subjetiva. O entendimento jurisprudencial predominante atualmente é de que a responsabilidade objetiva é adotada no que tange à indenização paga através do Seguro Acidente do Trabalho (SAT) e a subjetiva é adotada quando o trabalhador visa a reparação dos danos sofridos em razão do acidente do trabalho em face do empregador, através da justiça comum (CAIRO JÚNIOR, 2014; SILVA, 2014).

Portanto, para se constatar a responsabilidade civil do empregador e consequentemente obter a reparação pelos danos sofridos no acidente, é necessário que se demonstre a conduta culposa do agente, o dano e o nexo causal entre os dois primeiros, sendo que, conforme já havia sido tratado anteriormente, basta a comprovação de culpa leve do empregador, tal como se verifica na jurisprudência dominante (CAVALIERI FILHO, 2012).

Há uma mudança de enfoque, não se priorizando mais a busca da responsabilização do sujeito no sentido de se demonstrar a sua culpa, e sim a reparação do dano causado à vítima. Por isso, é irrelevante a questão da culpa na responsabilidade objetiva, pois seu fim não é a descoberta do culpado e sim a indenização da vítima. O enfoque é a vítima e não o agente responsável pelo dano (OLIVEIRA, 2013).

Mas, conforme Silva (2014) afirma, se um passo adiante houve a criação do seguro obrigatório e posteriormente com a transferência da responsabilidade da indenização ao seguro social, custeado por toda a sociedade, isso, de outra banda, levou a que os empregadores passassem a ter um relaxamento no seu dever de cuidado para com a saúde e a vida dos trabalhadores, fazendo aumentar de novo o número de acidentes laborais. Reagindo contra essa situação, a jurisprudência – e posteriormente a lei – passou a distinguir a responsabilidade do Instituto de Previdência da responsabilidade do empregador, com a construção da teoria da cumulação da indenização acidentária (da infortunística) com a indenização de direito comum, está a cargo do empregador.

Pelo critério hierárquico, prevaleceria a norma constitucional, que exige a constatação de dolo ou culpa, para que se possa obter indenização do empregador diretamente. Nesse sentido, afirma Rui Stoco que se a Constituição "estabeleceu, como princípio inafastável, a obrigação do empregador indenizar o empregado, com base no Direito Comum, ou seja, apenas quando aquele obrar com dolo ou culpa, então não se poderá prescindir desse elemento subjetivo, com supedâneo no caput do art. 927, do CC/2002, sendo inaplicável o seu parágrafo único" (STOCO, 2013).

Portanto, adotando-se tal interpretação a respeito da responsabilidade objetiva, pode-se vislumbrar outros exemplos no ordenamento jurídico, como o art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81, que determina que o poluidor deverá indenizar ou reparar os danos decorrentes de sua atividade, causados ao meio ambiente e a terceiros, independentemente da existência de culpa; o art. 225, §3º, da CRFB/88, que também trata daqueles que tenham condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente, impondo aos mesmos a obrigação de indenizar ou reparar o dano causado independentemente de culpa; os arts. 734, 735 e 737 do Código Civil que tratam da responsabilidade objetiva do transportador; os danos nucleares como previsto no art. 21, XXIII, "c", da CRFB/88; e o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem a terceiros (SILVA, 2014; OLIVEIRA, 2013).

4. Dever de Fornecer e Fiscalizar o Uso de EPI's

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com relação aos EPIs estabelece o Art. 166 da CLT que:

> Art. 166. A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidente e danos à saúde dos empregados.

Como explica Dênis de Oliveira Ayres e José Aldo Peixoto Corrêa essa análise é feita com base em perguntas vinculadas ao ambiente de trabalho, as atividades desenvolvidas e as operações efetivamente realizadas, é possível concluir pela existência ou não de riscos, e, em caso de afirmativo, identificar a necessidade de uso de proteção para os trabalhadores. (2011).

Discussão

Responsabilidade civil do empregador em casos de acidentes do trabalho é um tema bastante controverso, pelo fato de envolver uma série de suposições, além de incluir os posicionamentos dos Tribunais do Trabalho. Além de que Brasil é um dos países com maior número de mortes e acidentes de trabalho no mundo, de maneira que nosso país se encontra em posição adverso, até mesmo em relação aos países mais desfavorecidos da América Latina. Portanto, para melhor entendimento o objetivo desse estudo é expor de maneira otimizada questões que envolvem este assunto, iniciando-se pelo contexto histórico das leis que preceituaram a matéria.

Contudo, acidente de trabalho tanto a doutrina, quanto a jurisprudência utilizam três, sendo o acidente típico, o acidente atípico e o acidente de trajeto, por isso, diante da dimensão de conceitos na doutrina e na jurisprudência, é importante e necessário compreender como se aplica no ramo do direito trabalhista, na medida que, ao analisar o acidente do trabalho é inevitável abordar sobre a saúde do trabalhador.

Dando importância do tema citado acima e a atualidade do mesmo, é apresentado dois pensamentos doutrinários de responsabilização do empregador pela ocorrência de acidentes de trabalho, são elas: a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. Ambas visam prevenir a ocorrência desses infortúnios e garantir uma reparação ao empregado que vier a sofrer eventual dano originados pelo acidente em atividades de risco, efetivando-se assim o princípio de acesso à justiça.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 inovou a problemática declarando que "haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem". Isso afirma que, independente de culpa, quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar risco, haverá a obrigação de reparar o dano.

E também a Constituição de 1988 foi o marco principal da introdução da etapa da saúde do trabalhador no ordenamento jurídico nacional. A saúde foi considerada como um direito social, assegurando ao trabalhador direito à redução dos riscos inerentes às atividades laborais, por meio das normas de saúde, segurança e higiene, consolidado no reconhecimento da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto importante que não poderá deixar de ser citado apesar de serem pensadas regras a serem cumpridas pelo empregador que visam proteger a saúde e segurança de seus empregados, como normas de higiene, fornecimento de Equipamento de Proteção Individual (EPI), que devem ter o uso fiscalizados, multa em caso de descumprimento, mesmo os dados oficiais demonstram a gravidade do problema até o momento é crescente o número de acidentes e doenças ocupacionais no ambiente de trabalho, gerando abalo psicológico e moral no empregado e seus familiares, dessa forma é do interesse da sociedade como um todo.

Esses acidentes não causam repercussões apenas de ordem jurídica, à vista disso, o legislador em nosso ordenamento jurídico continuou procura formas de inibir que o crescimento econômico, o aumento da demanda e lucro, causados pelos progressos que passam constantemente a nossa sociedade, recaiam sobre segurança e saúde do trabalhador. Atua na criação de meios de amparar juridicamente o empregado que for lesado por infortúnios oriundos do desenvolvimento de sua atividade laborativa.

Conclusão

Um dos desafios no âmbito na esfera de responsabilidade civil é conseguir cumprir o requisito do nexo de causalidade do empregador no âmbito acidentário trabalhista, porque a responsabilidade do empregador nos casos de acidente de trabalho está ligada ao dolo ou culpa, caracterizando responsabilidade objetiva ou subjetiva.

A responsabilidade subjetiva é a comprovação de que houve dolo ou culpa por parte do agente. Quanto à responsabilidade objetiva que é a exceção, e o fato de responsabilizar alguém independentemente de dolo ou culpa. Assim, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

empregador expõe o empregado ao risco e responde independente da culpa. Portanto, surge então a necessidade do empregador proporcionar um ambiente seguro ao trabalhador, assim como, preservar a saúde deste.

Referências

ARAÚJO, Valeska Donato de. **A responsabilidade profissional e a reparação de danos**. Disponível em: <www.teses.usp.br>, acesso em: 30 set. 2016.

AYRES, Dennis de Oliveira; CORRÊA, José Aldo Peixoto. **Manual de Prevenções de Acidentes de Trabalho**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 01 mar. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. Ed.25, vol.7. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: responsabilidade civil**. Ed. 10, vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze, Novo Curso de Direito Civil, Vol. 3: **Responsabilidade Civil**, 12ª ed. rev. Atual, São Paulo, Saraiva. 2014.

GAMBA, Juliane Caravieri Martins. **Responsabilidade civil objetiva do empregador pelos danos à saúde do trabalhador: uma visão constitucional do meio ambiente do trabalho**. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo: RT, n.71, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

IMTEP. Saúde do trabalho, **conscientização e uso de EPI's e EPC's**. 2010. Disponível em: <http://www.imtep.com.br/site/servicos/cursos-e treinamentos/palestras/saude-do-trabalhoconscientizacao-e-uso-de-epis-e-epcs/>. Acesso em: 06 mar. 2020.

JÚNIOR, José Cairo. **O Acidente do Trabalho e a Responsabilidade Civil do Empregador**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 31.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 323 apud SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Capítulo 6, Responsabilidade do Empregador pelos Danos Decorrentes de Acidente do Trabalho in: Acidente do Trabalho: Responsabilidade Objetiva do Empregador. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Acidente do Trabalho: Responsabilidade Objetiva do Empregador**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudência**, tomo I. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: **Direito das Obrigações e responsabilidade civil**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

www.conteudojuridico.com.br

CONTROVÉRSIA NA APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE A FIGURA DO CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO

JOSUÉ FERREIRA DA SILVA: Graduando do Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

JULIANA GOMES DE SOUSA[1]

(coautora)

MARIA DO SOCORRO RODRIGUES COELHO[2]

(orientadora)

RESUMO[3]: O artigo em tela tem como objetivo geral realizar um estudo exploratório sobre as controvérsias da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) à figura do consumidor intermediário. Tem como objetivos específicos: identificar na doutrina e legislação brasileiras como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) disciplina a relação jurídica entre os participantes das relações de consumo; investigar se a Lei 8.078/1990 (CDC) admite a figura do consumidor intermediário na relação jurídica de consumo; analisar as controvérsias existentes acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a figura do consumidor intermediário, bem como seus reflexos no mundo jurídico. A delimitação da pesquisa tem em vista responder ao seguinte questionamento: quais são as controvérsias existentes na aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à figura do consumidor intermediário? Para sua viabilização adorou-se como metodologia a pesquisa exploratória por meio de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa. Conclui-se que as controvérsias existentes na aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à figura do consumidor intermediário dizem respeito às teorias que adotam em seus julgados, que ora são finalistas, maximalistas, finalistas mitigada, aprofundada ou temperada, incorrendo em efeitos que podem trazer graves reflexos ao mundo jurídico.

Palavras-chave: Consumidor intermediário, Hipossuficiência, Vulnerabilidade social, Decisões do STJ.

ABSTRACT: The article in question has the general objective of conducting an exploratory study on the controversies regarding the application of the Consumer Protection Code and the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) on the figure of the intermediate consumer. Its specific objectives are: to identify in Brazilian doctrine and legislation as the Consumer Protection Code (CDC) disciplines the legal relationship between participants in consumer relations; investigate whether Law 8,078 / 1990 (CDC) admits the figure of the intermediate consumer in the legal relationship of consumption; to analyze the existing controversies about the application of the Consumer Protection Code and the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) on the figure of the intermediate consumer, as well as its reflexes in the legal world. The delimitation of the research aims to answer the following question: what are the controversies existing in the application of the Consumer Protection Code (CDC) and the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) regarding the figure of the intermediate consumer? For its feasibility, exploratory research through a qualitative bibliographic research was loved as a methodology. It concludes that the controversies existing in the application of the Consumer Protection Code (CDC) and the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) with regard to the figure of the intermediate consumer relate to the theories they adopt in their judgments, which they pray are finalists, maximalists , finalists mitigated, deepened or tempered, incurring effects that can bring serious consequences in the legal world.

Keywords: Intermediate consumer, Hyposufficiency, Social Vulnerability, Decisions do STF

Sumário: 1 Introdução. 2 O Código de Defesa do Consumidor e a Figura do Consumidor Intermediário na Jurisprudência. 2.1 A Previsão Legal do Consumidor e do Fornecedor. 2.2 A Previsão do Produto ou Serviço no Código de Defesa do Consumidor. 2.3 O Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor na Relação Consumerista. 2.4 A Figura do Consumidor Intermediário na Jurisprudência. 3 Aplicação do CDC e da Jurisprudência do STJ à figura do Consumidor intermediário. 4 Conclusão. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

As relações consumeristas acontecem a todo instante na sociedade globalizada. Pessoas compram em lojas à vista e a prazo, indústrias vendem e empresas compram para si ou para revender ao consumidor, e também a utilização de cartão de crédito tem sido cada vez mais frequente. Todas essas relações comerciais de compra e venda geram responsabilidades civis quando o consumidor é diretamente atingido na aquisição de produto e/ou serviços pelo fato ou pelo vício.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Visando solucionar conflitos existentes na relação jurídica de consumo, o legislador pátrio erigiu a Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC), que deve ser aplicada somente nos referidos casos. No entanto, nada impede que sejam aplicadas as demais leis especiais ao mesmo caso concreto, desde que respeitados os princípios de aplicação da norma. É certo que na relação jurídica de consumo existem três elementos, a saber: o subjetivo, o objetivo e o finalístico. O primeiro diz respeito às partes envolvidas na relação jurídica, isto é, consumidor e o fornecedor; o segundo configura-se como produto ou serviço; o terceiro se traduz na ideia de que ao consumidor cabe adquirir ou utilizar o produto ou serviço como destinatário final.

Por consumidor deve-se entender toda pessoa física ou jurídica que adquire, utiliza-se de produto ou serviço como destinatário final. Por fornecedor deve-se entender toda pessoa que desenvolve atividade tipicamente profissional, mediante remuneração, excluindo-se aquelas que eventualmente coloquem produtos ou serviços no mercado de consumo sem o caráter profissional. Assim, o requisito que caracteriza o fornecedor é sua habitualidade, isto é, seu exercício contínuo de determinado serviço ou fornecimento de produto.

Nesse passo, convém observar que a Lei 8.078/1990, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor consiste em uma lei infraconstitucional que visa proteger os interesses dos consumidores tidos como hipossuficientes ou em situação de vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica em relação ao fornecedor, que é considerado pelo CDC parte hipossuficiente na relação jurídica de consumo. Convém frisar, que há uma diferença entre vulnerabilidade e hipossuficiência prevista no CDC, e o reconhecimento dessas tipicidades do consumidor no mercado de consumo pelo legislador pátrio: equacionar o desequilíbrio entre as partes, e não admite prova em contrário.

No entanto, ao inverso do que preza o artigo 2º da Lei 8.078/1990 acerca do consumidor, como aquele que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem reconhecendo em decisões de suas turmas da Seção de Direito Privado (Terceira e Quarta Turmas), a figura do consumidor intermediário, ao decidir que o critério do destinatário final econômico não é o determinante para a caracterização de relação de consumo ou do conceito de consumidor.

Nesses termos, fica perceptível que o STJ passou a considerar como destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional, dando azo à figura do consumidor intermediário, uma vez que a compreensão dos julgadores amplia a expressão

destinatário final, abrangendo todos aqueles que figuram na relação de consumo em condições de vulnerabilidade.

Segundo o portal da câmara dos deputados, tramita um projeto de lei proposto pelo deputado André Figueiredo (PDT - CE) para transformar em lei o entendimento do STJ, buscando uniformidade das decisões; este projeto tramita em caráter conclusivo e será analisada pelas comissões de Defesa do Consumidor: de Constituição e Justiça e de Cidadania.

Tendo em vista essas observações, o presente estudo tem como objetivo geral realizar um estudo exploratório sobre as controvérsias da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a figura do consumidor intermediário. Tem como objetivos específicos: identificar na doutrina e legislação brasileiras como o Código de Defesa do Consumidor (CDC) disciplina a relação jurídica entre os participantes das relações de consumo; investigar se a Lei 8.078/1990 (CDC) admite a figura do consumidor intermediário na relação jurídica de consumo; analisar as controvérsias existentes acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a figura do consumidor intermediário, bem como seus reflexos no mundo jurídico.

Essa delimitação da pesquisa tem em vista responder ao seguinte questionamento: quais são as controvérsias existentes na aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à figura do consumidor intermediário? O estudo encontra-se ancorado em teóricos como Densa (2009), Mello (2012), Santos (2016) dentre outros de igual importância. Para sua viabilização adotou-se como metodologia a pesquisa exploratória por meio de uma pesquisa bibliográfica de natureza qualitativa.

2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A FIGURA DO CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA

Entende-se que para compreender a extensão da Lei nº 8.078/1990, também conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) é importante, primeiro, fazer uma breve descrição dos fundamentos que a originaram. Nesse sentido, destaca-se que ela é uma lei que veio atrasada para defender as relações de consumo no Brasil, uma vez que se passou um século inteiro aplicando às mencionadas relações de consumo o Código Civil, lei instituída em 1917, tendo como base a tradição do direito civil da Europa (NUNES, 2009).

A despeito do referido código também haviam leis esparsas, como o Decreto-Lei nº 869 de 1938, cuidando dos crimes contra a economia popular; o Decreto-Lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de 22.626/1943 – Lei da usura; e a Lei 4.137/1962, voltada para a repressão do poder econômico. Como o Brasil possui desde o início de sua industrialização (1930) um padrão de sociedade reconhecido como o de massa, no qual predomina o modelo econômico capitalista, logo a característica econômica principal que se consolidou foi da produção planejada unilateralmente pelo fornecedor, fabricante, produtor, montadora, prestadora de serviços, etc. exigindo um modelo contratual (PAIVA, 2015). Assim, não há qualquer dúvida que:

> Esse padrão é, então, o de um modelo contratual que supõe que aquele que produz um produto ou serviço de massa planeja um contrato de massa que veio a ser chamado de Lei nº. 8.078 de contrato de adesão. Por isso que a primeira lei brasileira que tratou da questão foi exatamente o Código de defesa do Consumidor: no seu art. 54 está regulado o contrato de adesão. E porque contrato de adesão? Ele é de adesão porque por uma característica evidente e lógica: o consumidor só pode aderir. Ele nunca discute cláusula alguma (NUNES, 2009, p. 4).

Conforme se verifica, a sociedade de massa, o modelo capitalista, e o modelo contratual na forma de adesão foram os principais fundamentos que deram origem ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990 no Brasil, dois anos depois de aprovado o Projeto de Lei (PL) 3683/1989 de autoria do Senador Jutahy Magalhães (PMDB/BA), que: "Contrapondo-se ao Modelo Capitalista o Regime Democrático gestou políticas estatais de proteção do consumidor a partir do surgimento de um plexo de direitos chamado de Terceira Dimensão[4]" (SIMÕES, 2011, p. 1).

Como se constata na atualidade, tanto em solo brasileiro quanto em outras partes do mundo, é grande a relação de consumo pelo capitalismo. Isso porque o sistema capitalista tem possibilitado o acúmulo de capital e, com isso, a realização de maior número de negócios. Por sua vez as políticas estatais têm cuidado em proteger a sociedade, criando leis como a da Lei nº 8.078/1990, reconhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Vale destacar, que no Brasil a mídia, as necessidades capitais do cotidiano assim como o desejo de fruição de bens e serviços têm incentivado o mercado a um maior volume de negócios, o que acabou consolidando a existência, por um lado, do fornecedor e do outro, do consumidor, ambos instituídos pela Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990, denominada de Código de Defesa do Consumidor (CDC), que surge a partir da Constituição Federal de 1988 emanada do constituinte originário, o qual andou bem ao instituir o art. 5º, LXXII na referida Constituição, pois por meio por meio dele:

> [...] determinou ao Estado a promoção da defesa do consumidor no sentido de adotar um modelo jurídico e uma política de consumo que efetivamente protegessem o consumidor, o que se deu com a Promulgação do Código de Defesa do Consumidor 11 de setembro de 1990 (CDC) (DENSA, 2009, p. 4).

Também o art. 5º, inciso XXXII, traz previsão do CDC dizendo que: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor" (BRASIL, 1988, p. 1). Deve-se notar, que essa é uma norma de eficácia limitada, a qual só produz seus plenos efeitos após sua regulamentação. Em outras palavras o comando do art. 5º, XXXII, assegura direito ao consumidor, mas que só poderá ser exercido quando for regulamentado pelo legislador ordinário. É por isso que foi criado o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Convém salientar, que o referido artigo se encontra em harmonia com o art. 170 da mesma Carta Magna, o qual traz em sua redação que:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; **V - defesa do consumidor**; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988, p. 1).

Conforme se verifica no artigo supra a Constituição Federal traz a previsão da instituição do Código do Consumidor e que ele deve ser seguido pelo Estado e pela sociedade com o fim de garantir a existência digna e a justiça social. Percebe-se que o CDC possui objetivo, o qual está insculpido no seu art. 4º, que traz o seguinte texto:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 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 (BRASIL, 1990, p. 1).

Observa-se que o CDC consigna a ordem econômica brasileira e confirma a proteção ao consumidor deixando-lhe a salvo de possíveis abusos ocorridos no mercado consumidor. Assim, vai se constatando que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tem vida própria e foi criado como subsistema autônomo e vigente dentro do sistema constitucional brasileiro.

Desse modo, pode-se interpretá-lo como compondo "[...] um subsistema próprio que foi inserido no sistema constitucional brasileiro, e como tal é norma de ordem pública e de interesse social geral e principiológica, prevalente sobre todas as demandas normais anteriores, ainda que especiais, que com ela colidam" (NUNES, 2009, p. 70).

Nesse passo, deve-se compreender que para existir a relação jurídica de consumo, legisla o Código de Defesa do Consumidor (CDC) que deve haver por um lado o consumidor e por outro, o fornecedor. E é sobre essas duas figuras que se passa a tratar na seção seguinte focando na sua previsão legal.

2.1 A Previsão Legal do Consumidor e do Fornecedor

Deve-se estampar desde logo, que a relação de consumo é, "[...] basicamente, o vínculo jurídico, ou o pressuposto lógico do negócio jurídico celebrado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) " (PAIVA, 2015, p. 1). Nesse passo, é possível compreender que o CDC incide em toda relação de consumo, sendo essa relação caracterizada por dois polos: de um lado o consumidor e de outro o fornecedor.

Cabe frisar, que a Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC) estabelece diferença entre estes, descrevendo nos seus arts. 2º e 3º, respectivamente, que:

> Art. 2° Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. 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 (BRASIL, 2010, p. 855).

Convém salientar que o CDC não faz uma previsão da relação de consumo. No entanto, identifica os elementos subjetivos (o consumidor e o fornecedor) e objetivos (negócio celebrado entre essas partes). Assim, como se percebe na citação supra, para o (CDC) o consumidor configura-se como pessoa física, pessoa jurídica e ainda a coletividade de pessoas, que é o consumidor por equiparação.

Para melhor entendimento do conceito de consumidor, abrangendo seu conceito material e outros por equiparação, tenha-se em mente a seguinte preleção:

> O Art. 2º, caput, do CDC diz que consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. O Art. 2º, parágrafo único do CDC, traz o conceito de consumidor por equiparação, definindo-o como a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. No entanto, há outro conceito por equiparação situado no art. 17, do CDC, que define todas as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço, como consumidores; o último conceito por equiparação, se encontra localizado no art. 29, o qual aduz que todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas de comércio e, obviamente, fazem jus à proteção do contrato (SILVA, 2019, p. 1).

Nessa perspectiva, deve-se compreender que não há uma definição única de consumidor, sendo importante, por isso, observar a relação de consumo, isto é, o vínculo jurídico emanado dela para se detectar em qual polo se encontra o consumidor e o fornecedor. "Haverá relação jurídica de consumo sempre que se puder identificar num dos polos da relação o consumidor, no outro o fornecedor, ambos transacionando produtos e serviços" (NUNES, 2009, p. 71).

No caso do fornecedor, ele é caracterizado pelo CDC como sendo toda pessoa tanto física quanto jurídica, nacional ou estrangeira, de direito público ou privado. Mas não é só isso, ela deve atuar "[...] na cadeia produtiva exercendo atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, exportação distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços" (DENSA, 2009, p. 16). Cabe destacar aqui que fornecedor é gênero do qual é espécie o fabricante, o produtor, o construtor, o importador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.2 A Previsão do Produto ou Serviço no Código de Defesa do Consumidor

Deve-se assinalar que para a existência da relação de consumo deve existir também o produto e/ou serviço a ser ofertado. Também o CDC faz diferença entre produto e serviço esclarecendo em seu art. 3º, § 1º e 2º que:

> § 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 (BRASIL, 2010, p. 855).

Segundo o artigo acima, produto é bem móvel ou imóvel, nesses termos pode ser tanto um carro, motocicleta, lancha, barco (bens móveis), quanto um sofá, casa, fazenda, apartamento, terrenos (bens imóveis) que tenham existência corpórea, isto é, física, e os bens incorpóreos, como programas de computador ou música.

Por serviço deve-se compreender tendo em tela o § 2º do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor, qualquer atividade que seja ofertada no mercado consumerista, desde "[...] os serviços de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista (§2º do art. 3º). Exclui-se expressamente: a) os serviços gratuitos; b) as relações trabalhistas (estas são regidas pela CLT) " (SANTOS, 2016, p. 1).

Nesses termos, verifica-se que serviço é toda atividade realizada em favor do consumidor. Para melhor entendimento das atividades bancárias como relação consumerista o doutrinador fez questão de inseri-las no rol de serviços. Apesar de controvérsias jurídicas entre doutrinadores e a jurisprudência prevaleceu o reconhecimento desses serviços como sendo de relação de consumo depois que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) emitiu a Súmula nº 297, com o seguinte teor: "O Código de defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (STJ, 2004, p. 1).

Como se nota, a oferta do produto ou serviço é parte preponderante na relação de consumo entre fornecedor e consumidor. Nesse caso, o fornecedor é aquele que é detentor do poder econômico.

2.3 O Reconhecimento da Vulnerabilidade do Consumidor na Relação Consumerista

O CDC prevê que a parte vulnerável da relação jurídica de consumo é o consumidor para quem é previsto ação governamental no sentido de protegê-lo

efetivamente (FERREIRA, 2018). Outra característica do consumidor é a hipossuficiência que não se confunde com vulnerabilidade. Note-se que para o Código de Defesa do Consumidor todos os consumidores são vulneráveis, mas nem todos são hipossuficientes. Sobre esse aspecto, convém destacar que a referida condição deve ser verificada no caso concreto, sendo caracterizada quando o consumidor apresenta traços de inferioridade cultural, técnica ou financeira (DENSA, 2009).

Convém anotar, que a hipossuficiência é uma espécie de fragilidade que tem o consumidor diante do fornecedor. Desse modo, para entender melhor sua característica, sente-se a necessidade de apontar os princípios norteadores do Código de Defesa do Consumidor (CDC) pondo em relevo o princípio da hipossuficiência, lembrando que por princípio deve-se entender um "[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência" (MELLO, 2012, p. 232).

Dito isso, segue referenciando os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor (CDC): Princípio de igualdade ou isonomia (art. 5°, CF/88); Princípio da liberdade de escolha (arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput*, entre outros); Princípio da boa-fé (art. 4º do CDC); Princípio da equidade; Princípio da imprevisibilidade; Princípio da proteção do consumidor; Princípio da responsabilidade objetiva (art. 12, CDC); Princípio da inversão do ônus da prova (art. 333, I, CPC); Princípio da vinculação (art. 30, CDC); Princípio da identificação da publicidade (art.36 *caput*, CDC); Princípio da veracidade da publicidade (art. 37, § 1º, CDC); Princípio da transparência da fundamentação da publicidade (art. 36, parágrafo único do CDC); Princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII CDC); Princípio da confiança (arts. 12 a 25 do CDC) (NUNES, 2009).

Embora todos esses princípios norteiem o Código de Defesa do Consumidor, o que mais evidencia a vulnerabilidade do consumidor é que ele é a parte mais fraca na relação de consumo, o que permite elencar cinco tipos de vulnerabilidade:

> 1) Técnica, pois o fornecedor é detentor das técnicas para gerir uma atividade econômica; 2) Jurídica/científica, uma vez que o fornecedor tem maior poder no campo jurídico, tem orientação específica. 3) Fática, haja vista que a vontade do consumidor está vinculada à do fornecedor, submetendo-se àquilo que é oferecido, mesmo havendo, muitas vezes, algumas discordâncias relativas ao contrato. 4) Socioeconômica, pois o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fornecedor tem poder econômico, tem melhores condições para desenvolver sua atividade (EBRADI, 2017, p. 1).

Como se observa, a vulnerabilidade do consumidor se revela pelo não conhecimento do produto ou serviço adquirido, falta de conhecimentos jurídicos, contábil ou de economia, devendo ser considerado o elo fraco da corrente. Essa concepção dista-se da hipossuficiência que pode ser econômica, quando o consumidor tem dificuldades financeiras, ou incapacidade de fazer prova em juízo. Essas condições requerem a verificação no fato concreto (BORGES, 2010). É notável que o CDC contemple em seu bojo uma política nacional de relações de consumo, assinalando que:

> 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 [...] (BRASIL, 2010, p. 855).

Diante desse artigo, pode-se notar que o CDC se antecipa à questão da relação de consumo entre fornecedor e consumidor apontando como um dos objetivos da política Nacional de Consumo, dentre outros, a importância da transparência e harmonia das relações de consumo. Mas não para por aí porque aponta também a questão do destinatário final, matéria de discussão na doutrina e jurisprudência porque abre precedentes para um terceiro elemento subjetivo: a figura do consumidor intermediário.

2.4 A Figura do Consumidor Intermediário na Jurisprudência

Não será demais lembrar aqui que o Código de Defesa do Consumidor foi promulgado pouco menos de dois anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, lapso temporal exíguo para se instituir uma lei tão ampla e inovadora como é o CDC, denotando na atualidade a necessidade de amadurecimento acerca de conceitos essenciais como consumidor intermediário, gerado pelo STJ. Trilhando esse entendimento, segue-se lembrando que desde sua edição, em 1990, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem sendo sucessivamente rogado a se pronunciar sobre os conceitos tanto de destinatário final quanto de consumidor, consequentemente (PASQUALOTTO; CARVALHO, 2018).

Muito embora, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) tenha erigido o conceito de consumidor, o que se percebe na sua aplicação prática é uma verdadeira complexidade, uma vez que a expressão destinatário final é fonte de debates e

discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Para compreender a figura do consumidor intermediário, que desponta na relação jurídica de consumo, convém compreender algumas correntes doutrinárias acerca do destinatário final. Nesse contexto, a teoria finalista preceitua que:

> [...] o consumidor é aquele que retira definitivamente de circulação o produto ou serviço do mercado. Para esses seguidores dessa doutrina, a intenção do legislador ao outorgar o Código de Defesa do Consumidor estava em tutelar, de maneira especial, determinado grupo da sociedade, mais vulnerável, e em alguns casos, hipossuficiente (DENSA, 2009, p. 11).

Vê-se na citação acima que para a teoria finalista o destinatário final é aquele que se utiliza do bem como consumidor final, tanto de fato quanto economicamente. Primeiro, porque o bem é para si, segundo porque ele não será utilizado para nenhuma finalidade produtiva. Nele como adquirente, encerra-se o ciclo econômico.

Existe ainda a teoria maximalista, a qual interpreta que "[...] destinatário final é todo aquele consumidor que adquire o produto para o seu uso, independente da destinação econômica conferida ao mesmo" (BOECHAT, 2018, p. 1). Também há a teoria finalista mitigada, aprofundada ou temperada, criada pelo STF, e que "[...] não observa apenas a destinação do produto ou serviço adquirido, levando em consideração, também, o porte econômico do consumidor" (LIMA, 2014, p. 1).

Essa corrente na verdade é um desdobramento da corrente finalista. Em que pese as teses doutrinais das correntes enunciadas e a discussão de quem é o destinatário final da relação de consumo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> [...] tem relativizado o rigor da teoria finalista, admitindo a figura do consumidor intermediário: aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, podendo, contudo, ser beneficiado com a aplicação do CDC, desde que demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (STJ, 2010, p. 1).

Pelo visto, essa decisão se apoia na vulnerabilidade do consumidor e afasta a tese da teoria finalista de que consumidor é o destinatário final do produto ou serviço. A decisão do STJ esteia-se no art. 4º da CDC, que traz *in verbis*:

> Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> 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 [...]. (BRASIL, 1990, p. 1);

Dessa forma, a jurisprudência cria através da teoria finalista mitigada, aprofundada ou temperada, a figura do consumidor intermediário, que "[...] causou espécie, mas que acabou se consolidando na jurisprudência da corte responsável pela uniformização da interpretação de toda a legislação infraconstitucional brasileira" (PASQUALOTTO; CARVALHO, 2018, p. 3).

Assim, resta saber quais são as controvérsias existentes na aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à figura do consumidor intermediário.

3 APLICAÇÃO DO CDC E DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE A FIGURA DO CONSUMIDOR INTERMEDIÁRIO

Já se disse mais de uma vez que a relação de consumo faz negócio jurídico entre as partes, que são o consumidor e o fornecedor. Como leciona o CDC, o primeiro é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final; o segundo é toda pessoa tanto física quanto jurídica, nacional ou estrangeira, de direito público ou privado, que atue na cadeia produtiva de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

Deve-se salientar que apesar da "[...] relativa clareza do dispositivo normativo, o conceito de consumidor não conseguiu manter-se estático nas últimas duas décadas, sofrendo alterações relevantes ditadas pela jurisprudência" (PEREIRA, 2011, p. 224) Esse fato, tem gerado controvérsias na aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a figura do consumidor intermediário, bem como seus reflexos no mundo jurídico.

Nesse passo, deve-se destacar, que quando se diz respeito ao consumidor intermediário, a expressão "destinatário final" tem gerado acalorados debates quando se trata da aplicação do CDC, pois uma parcela doutrinária:

> [...] entende que a expressão se aplica ao consumidor fático e econômico do bem ou serviço, isto é, àquele que, em caráter definitivo, utiliza-se do que é oferecido pelo fornecedor, sem se colocar como intermediário da fruição do bem ou serviço

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> por terceiros. Outros autores, porém, sustentam que será também considerado "destinatário final" todo aquele que se insere em relação de consumo, independentemente da expressão econômica dos sujeitos envolvidos (consumidor e fornecedor) e sem perquirir a finalidade da aquisição de produtos e/ou serviços (LIMA, 2014, p. 1).

Bem se vê que há uma controvérsia quando se trata do destinatário final da relação de consumo. Como já se disse alhures, existem correntes doutrinárias acerca do destinatário final da relação de consumo, sendo elas: teoria finalista, teoria maximalista, doutrina finalista temperada. É na primeira teoria que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) faz a subsunção da figura do consumidor intermediário, mitigando seu rigor.

Abaixo segue julgado do STJ para se ter melhor compreensão de como esse Tribunal tem tratado os processos relacionados à teoria finalista pura:

> STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 1358231. REL. MIN. NANCY ANDRIGHI. DJE DATA: 17/06/2013. EMENTA: DIREITO CIVILE DIREITO DO CONSUMIDOR. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGAS. ATRASO. CDC. AFASTAMENTO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO. 1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. 2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. 3. Em situações excepcionais, todavia, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista, para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade. 4. Na hipótese em análise, percebe-se que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pelo panorama fático delineado pelas instâncias ordinárias e dos fatos incontroversos fixados ao longo do processo, não é possível identificar nenhum tipo de vulnerabilidade da recorrida, de modo que a aplicação do CDC deve ser afastada, devendo ser preservada a aplicação da teoria finalista na relação jurídica estabelecida entre as partes. 5. Recurso especial conhecido e provido (STJ, 2013, p. 1).

Como se verifica do julgado acima, o critério adotado pelo STJ foi o da aplicação da teoria finalista sem mitigação, não reconhecendo consumidor finalista na relação de consumo, sobretudo por não ter identificado nenhuma vulnerabilidade da recorrida. Como admite a relatora Ministra Nancy Andrighi, em situações excepcionais a Corte tem mitigado a referida teoria, quando não seja tecnicamente a destinatária final, mas desde que se apresente em situação de vulnerabilidade.

Observe-se que as decisões dos Tribunais Superiores tornam-se jurisprudências, isto é, "[...] orientações uniformes dos tribunais na decisão de casos semelhantes" (COSTA; AQUAROLI, 2007, p. 82). Assim indicando ter ciência da lei esses tribunais fazem jurisprudência. No entanto, deve-se reforçar o fato de que existem controvérsias entre jurisprudências voltadas para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre a figura do consumidor intermediário, haja vista que em outra decisão do STJ, o Relator seguiu orientação da teoria maximalista que amplia o conceito de consumir, como se observa no julgado a seguir:

> STJ. TERCEIRA TURMA. RECURSO ESPECIAL Nº 445854. REL. MIN. CASTRO FILHO. DJ DATA: 19/12/2003 EMENTA: CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA. I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços. III – Afirmado pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável o recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF). Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia (STJ, 2003, p. 1).

Conforme se verifica no julgado supramencionado, cuidou o Relator em considerar o agricultor como destinatário final, e a relação como sendo consumerista, não se preocupando com sua vulnerabilidade. Observe-se que a máquina agrícola, fruto da relação de consumo entre o agricultor e o vendedor será empregada no campo, denotando que seria utilizada para produção de hortifrutos a serem comercializados chegando esses produtos a um destinatário final, isto é, consumidor, muito embora não tenha sido esse o reconhecimento do Relator Ministro Castro Filho no Recurso Especial nº 445854/2003.

Tendo em vista os julgados já mencionados apresenta-se ainda o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 328043, do STJ, voltado para a teoria mitigada ou aprofundada observando-se nele a controvérsia quando se trata da figura do consumidor intermediário:

> STJ. TERCEIRA TURMA. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 328043. REL. MIN. SIDNEI BENETI. DJE DATA:05/09/2013. EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. VENDA PELA INTERNET. CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO CONSUMERISTA. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE PROVAS. DESCABIMENTO. SÚMULAS STJ/5 E 7. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1. - A jurisprudência desta Corte tem mitigado a teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade, hipótese não observada caso dos autos. 2.- No que tange ao dever de indenizar, ultrapassar e infirmar a conclusão alcançada pelo Acórdão recorrido - existência de relação jurídica entre as partes - demandaria o reexame do contrato, dos fatos e das provas presentes no processo, o que é incabível na estreita via especial. Incidem as Súmulas 5 e 7 desta Corte. 3.- Agravo Regimental improvido (STJ, 2013, p. 1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como se constata da decisão acima o Superior Tribunal de Justiça (STJ) traz controvérsias em suas decisões gerando jurisprudência destoante. Pois como já disse o Ministro Relator Barros Monteiro no REsp 541.867/BA: "Entende-se que não se há falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo" (STJ, 2004, p. 1). É que deflui do referido processo:

> COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 541.867/BA. Órgão Julgador: 2ª Seção. Relator: Min. Barros Monteiro. Data do Julgamento: 10/11/2004 (STJ, 2004, p. 1).

Como se nota, comparando as decisões proferidas no REsp 541.867/BA e no REsp 445854 há uma discordância quanto ao consumidor intermediário, haja vista que nesse último o agricultor adquiriu bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua produção e foi caracterizado como consumidor final, não sendo provido seu recurso. De outra banda, o REsp 541.867/BA foi provido entendendo o STJ se tratar de consumidor intermediário.

Entende-se que os exemplos acima são suficientes para ilustrar o fato de que o STJ tem criado diferentes jurisprudências quando se trata da figura do consumidor intermediário, ora inclinando-se para a teoria finalista pura, ora para a teoria maximalista, ora para a mitigada, aprofundada ou temperada. Embora seja assim, percebe-se que no cerne de suas decisões vige a preocupação de reconhecer a hipossuficiência e a vulnerabilidade do consumidor. "Outra conclusão lógica é de que o STJ reconhece simultaneamente as teorias, finalista e finalista aprofundada, vez que se baseiam em critérios diferentes para a determinação do conceito de consumidor [...]" (PASQUALOTTO; CARVALHO, 2018, p. 24).

Não cabe dúvida que os julgados acima mencionados se tornam jurisprudências a serem seguidas pelo mesmo tribunal e outros quando se tratar de matéria similar. Assim, crê-se necessário dizer que:

> A despeito de não possuir, a jurisprudência, regra geral, efeito vinculante ou coercitivo, no sentido de obrigar os órgãos do poder judiciário, não se pode negar a força destas decisões reiteradas, mormente porque servem de inafastável norte interpretativo e orientador para os aplicadores do direito (JUSBRASIL, 2012, p. 1).

Dessa forma, é de inferir que quando o STJ traz uma decisão sobre existência do consumidor intermediário ele reconhece essa figura na relação consumerista. E quando não o reconhece em hipótese nenhuma, cria expectativa controversa sobre a aplicação do CDC frente a evidências fáticas desse tipo de consumidor, que embora não seja o destinatário final figura na relação de consumo. Desse modo, entende-se que julgados "[...] podem ter efeito gravíssimo, sobre toda a jurisprudência nacional e, consequentemente, sobre toda a sociedade" (WAMBIER, 2009, p. 250).

Por outro lado, observa-se que embora o STJ consagre o critério da doutrina finalista para sua interpretação do conceito de consumidor, ainda assim se ressente da necessidade de, em situações extraordinárias, mitigar o critério subjetivo do conceito de consumidor final para admitir, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em relações de consumo que o consumidor figura como intermediário, contrariando assim, a teoria do destinatário final.

4 CONCLUSÃO

Nas relações jurídicas de consumo, nas quais prevalecem o fornecedor e o consumidor, há de se notar que este último é a parte vulnerável da relação consumerista, sendo identificado como hipossuficiente na relação de consumo. A Lei 8.078/1990 (CDC) em seu art. 2º reconhece como consumidor aquele que adquire o produto ou serviço como destinatário final.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em alguns dos seus julgados, tem relativizado o rigor da teoria finalista, prevendo a figura do consumidor intermediário, que é aquele que adquiriu produto ou serviço não para seu consumo, isto é, como destinatário final, mas para utilizá-lo em sua atividade empresária. Tais decisões inovam o ordenamento jurídico haja vista que a Lei 8.078/1990 (CDC) não traz a previsão legal desse tipo de consumidor e, por vezes, destoam quando se trata de apontar quem é de fato o consumidor, se final ou intermediário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nessa perspectiva, entende-se que o presente estudo atingiu seu objetivo, uma vez que os resultados permitiram concluir que as controvérsias existentes na aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no que tange à figura do consumidor intermediário dizem respeito às teorias que adotam em seus julgados, que ora são finalistas, maximalistas, finalista mitigada, aprofundada ou temperada, incorrendo em efeitos que podem trazer graves reflexos no mundo jurídico, uma vez que as decisões proferidas assim podem trazer sérios prejuízos econômicos ao consumidor intermediário em litígio, que busca ser protegido sob o manto do direito do consumidor.

Diante dessa conclusão sugere-se aos Ministros do STJ que cuidem em harmonizar suas decisões referentes ao consumidor intermediário, servindo-se também da teoria do finalismo aprofundado, que criou a categoria do consumidor equiparado, permitindo a ampliação do seu sentido, como o de consumidor intermediário, o qual figura em situações específicas e concretas.

REFERÊNCIAS

BORGES, Luis Roberto. **A vulnerabilidade do consumidor e os contratos de relação de consumo**. 2010. 128f. Dissertação [Mestrado em Direito] – Universidade de Marília, São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp150326.pdf. Acesso em: 18 abr. 2020

BOECHAT, Marcos. **O conceito de destinatário final para fins de aplicação do CDC**. 2018. Disponível em: http://www.esinf.com.br/texto-de-apoio-detalhes/?id=5. Acesso em: 18 abr. 2020

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor**. Senado Federal: Brasília, 2010.

_____. **Congresso Nacional: conteúdo do portal da câmara dos deputados**. Disponível em https://www.camara.leg.br/noticias/564346-proposta-amplia-0-conceito-legal-de consumidor/

Acesso em 23 abril de 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1358231**. Brasília, 17 de junho de 2013. Disponível em: http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em: 15 set. 2020.

_____. **Agravo Regimental no agravo em recurso especial nº 328043**. Julgado em 27 de agosto de 2013. Disponível

em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158097/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-328043-go-2013-0109491-0-stj. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Superior Tribunal de Justiça aplica, caso a caso, CDC em relações de consumo intermediário.** 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/2383770/stj-aplica-caso-a-caso-cdc-em-relacoes-de-consumo-intermediario. Acesso em: 14 abr. 2020.

_____. **Súmula nº 297.** 2004. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Jurisprudencia/Sumulas. Acesso em: 15 abr. 2020.

_____. **Recurso especial nº 541.867/BA.** Julgado em 10 nov. 2004. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7228240/recurso-especial-resp-541867-ba-2003-0066879-3#:~:text=CART%C3%83O%20DE%20CR%C3%89DITO.-,DESTINA%C3%87%C3%83O%20FINAL%20INEXISTENTE.,uma%20atividade%20de%20consumo%20intermedi%C3%A1ria. Acesso em: 17 set. 2020.

_____. **Recurso Especial nº 445854**. Brasília, 19 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **JusBrasil. Breves comentários à jurisprudência brasileira: conceito, evolução histórica, aplicação e efeitos**. 2012. Disponível em: https://por-leitores.jusbrasil.com.br/noticias/100040776/breves-comentarios-a-jurisprudencia-brasileira-conceito-evolucao-historica-aplicacao-e-efeitos. Acesso em: 16 set. 2020.

_____. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

COSTA, Wagner; AQUAROLI, Marcelo. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Madras, 2007.

DENSA, Roberta. **Direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2009.

EBRADI. **Uma análise da vulnerabilidade do consumidor**. 2017. Disponível em: https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/428690210/uma-analise-da-vulnerabilidade-do-consumidor. Acesso em: 18 abr. 2020

FERREIRA, Filipe Duarte. **A proteção ao consumidor como direito fundamental constitucional: as garantias consumeristas**. 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/a-protecao-ao-consumidor-

como-direito-fundamental-constitucional-as-garantias-consumeristas/. Acesso em: 18 abr. 2020.

LIMA, Erika Cordeiro de Albuquerque dos Santos Silva. **Teorias acerca do conceito de consumidor e sua aplicação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4153, nov., 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/30052. Acesso em: 16 set. 2020.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos do direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAIVA, Clarissa Teixeira. **O que caracteriza uma relação de consumo.** *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4401, 20 jul. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/34128. Acesso em: 16 set. 2020.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza; CARVALHO, Volgane Oliveira. **O conceito de consumidor na jursiprudência do stj: crônica de uma jornada inacabada**. 2018. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/10135-Texto%20do%20artigo-38360-1-10-20151002.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

PEREIRA, Alexandre Pimenta Batista. **Em torno do assim chamado consumidor intermediário.** *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, ano 20, v. 79, p. 223-238, jul./set. 2011.

SANTOS, Bruno Medrado dos. **Produtos e serviços no direito do consumidor**. 2016. Disponível em: https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46531/produtos-e-servicos-no-direito-do-consumidor. Acesso em: 15 set. 2020.

SILVA, Angeline. **O que é relação de consumo, seus elementos e como funciona no cdc**.2019. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/relacao-de-consumo/. Acesso em: 15 abr. 2020.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Apontamentos sobre a caracterização da relação de consumo.** *Âmbito Jurídico*, n. 9. set., 2011. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-92/apontamentos-sobre-a-caracterizacao-da-relacao-de-consumo/. Acesso em: 15 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Estabilidade e adaptabilidade como objetivo do direito: civil law e common Law.** *Revista de Processo*, n. 130, p. 249-251, dez., 2005.

NOTAS:

[1]Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. E-mail: jullianasousa@outlook.com.br

[2]Profa. Me. Orientadora de Trabalho de Conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA. Doutoranda em Direito, professora de Argumentação jurídica e Hermenêutica-UNIFSA. E-mail msrcoelho@yahoo.com.br

[3]Trabalho de conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI, 14 de novembro de 2020.

[4] São assim denominados porque dizem respeito ao direito de fraternidade ou de solidariedade uma vez que possuem natureza de implicação universal (MEDEIROS, 2004, p. 75).

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O INQUÉRITO DAS FAKE NEWS INSTAURADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ALEXANDRINO ROOSEVELL DA SILVA: Universitário do Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA.

WALLACE FERREIRA CARVALHOSA[1]

(orientador)

RESUMO: O cenário político brasileiro tem gerado descontentamento ao povo brasileiro fazendo despertar mais interesse em participar da política e fiscalizar de forma mais eficaz as ações daqueles que foram escolhidos para exercer a função de representantes do povo. Essa questão deu início há vários debates com pontos de vistas diferentes envolvendo toda a sociedade. Muitas vezes esses pontos de vista ultrapassam o senso da razão e do equilíbrio levando às conseqüências mais sérias culminando em ofensas entre amigos, às autoridades constituídas e até mesmo participação em movimentos ativistas com propostas e ações que vão de encontro às normas regulamentadoras de direito. Em meio a toda essa forma de manifestação popular, muitas notícias falsas se espalharam e algumas direcionadas aos ministros do Supremo Tribunal Federal, resultando em instauração de inquérito pela própria Corte brasileira para a apuração de tais ofensas, ficando conhecido como inquérito das "fake news". Essa prática gerou muita discussão em todos os setores da sociedade, inclusive, entre juristas, promotores, juízes, desembargadores e até mesmo ex- ministros do STF. Para tanto, o presente trabalho tem o objetivo de analisar os aspectos jurídicos da instauração do inquérito sob o enfoque constitucional e demais dispositivos legais que tratam o tema. Como se observa, o tema envolve toda a sociedade brasileira e a pesquisa se torna importante, pois o resultado obtido ajudará a dar uma melhor compreensão ampliando o conhecimento de todos os atores envolvidos na questão política.

Palavras-chave: Constituição. Inquérito. Aspectos jurídicos. Supremo Tribunal Federal. Ministério Público.

ABSTRACT: The Brazilian political scenario has generated discontent among the Brazilian people, arousing more interest in participating in politics and more effectively monitoring the actions of those who were chosen to exercise the role of representatives of the people. This issue started several debates with different points of view involving the whole society. Often these points of view go beyond the sense of reason and balance leading to the most serious consequences culminating in

offenses between friends, constituted authorities and even participation in activist movements with proposals and actions that go against the regulatory norms of law. In the midst of all this form of popular manifestation, many false news spread and some were directed to the ministers of the Supreme Federal Court, resulting in the initiation of an investigation by the Brazilian Court itself to investigate such offenses, becoming known as the "fake news" investigation . This practice generated a lot of discussion in all sectors of society, including among lawyers, prosecutors, judges, judges, and even ex-STF ministers. To this end, the present study aims to analyze the legal aspects of the initiation of the investigation under the constitutional approach and other legal provisions that address the issue. As noted, the theme involves the whole of Brazilian society and research becomes important, as the result obtained will help to give a better understanding by expanding the knowledge of all the actors involved in the political issue.

Keywords: Constitution. Inquiry. Legal aspects. Federal Court of Justice. Public ministry.

1.INTRODUÇÃO

O homem é um ser social e faz parte de sua natureza a convivência em sociedade sempre em busca do bem comum. Dessa convivência em sociedade surgem as *pólis,* lugar onde a vida pública é compartilhada, nascendo o interesse pela política que diz respeito ao bem público, à vida em sociedade, às leis e normas de condutas e todas as tomadas de decisões que de alguma forma irão ter seus reflexos na vida em sociedade. Aristóteles afirmava que o homem é um ser que necessita de coisas e dos outros, sendo, por isso, um ser carente e imperfeito, buscando a comunidade para alcançar a plenitude. Por essa afirmativa, ele deduziu que o homem é naturalmente político e quando vive fora da comunidade organizada (cidade ou *pólis*) ou é um ser graduado ou um ser sobre-humano (divino), fazendo surgir a famosa frase "O homem é um animal político" e almeja sempre ter seu próprio logos, ou seja, a capacidade de pensar, de falar e expor seu discurso.

No Brasil, o interesse pela política teve aumento exponencial, principalmente, com a popularização das redes sociais onde compartilhar uma notícia exige apenas alguns segundos para atingir uma grande massa de pessoas. A prática de compartilhamento indiscriminado de notícias deu origem ao fenômeno que ficou conhecido como "fake news" onde os mais atingidos são os políticos e ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em razão do grau das ofensas dirigidas aos ministros do STF, a própria Corte decidiu por instaurar o Inquérito 4.781 por meio da Portaria GP nº 69, de

14/03//2019[2] para apuração dos fatos com fundamento no art. 43 do Regimento Interno do Supremo. Nesse sentido, Antônio Augusto Mayer dos Santos[3], Advogado e Professor de Direito Eleitoral, assevera que:

> A redação do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo (RISTF), dispositivo invocado como fundamento para a sua instauração, é originária do texto publicado pelo Diário da Justiça de 27/10/1980, portanto oito anos antes da Constituição Federal e dos novos pressupostos legais e processuais adotados no Brasil.
>
> O artigo 2º da Resolução nº 564/2015 do Supremo, ao regulamentar o referido RISTF, dispôs que só há possibilidade de instauração de algum inquérito se o autor da infração à lei penal, "na sede ou dependência do Tribunal", for "autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição".

Vejamos o art. 43 do Regimento Interno do STF:

> Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.
>
> § 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

Da análise do posicionamento de Augusto Mayer e do próprio art. 43 do RISTF, percebe-se que as "fake news" não ocorreram na sede ou dependência do STF e sim em ambiente virtual da internet, embora muitas tenham atingido os Ministros da Suprema Corte.

A decisão do STF gerou debates no meio jurídico que ficou entorno da irregularidade do inquérito, levando-se em conta que a função constitucional do STF é a defesa e guarda da Constituição.

Nesse sentido, Fábio George Cruz da Nóbrega[4], Procurador e Presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, afirma que:

> a investigação não foi aberta de maneira usual, o inquérito foi instaurado de ofício, ou seja, sem provocação da PGR (Procuradoria Geral da República), e o Relator Alexandre de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Moraes, foi designado pelo Presidente Dias Tofolli, e não sorteado.

Nóbrega continua afirmando, "Os ministros não podem concentrar diversos papéis, de vítima, investigador e julgador, porque isso quebra a imparcialidade do julgamento".

O posicionamento de Nóbrega deixa bastante claro que houve flagrante violação ao sistema acusatório[5] adotado pelo Brasil, bem como violação ao princípio do juiz natural.[6]

O posicionamento do Ministro Marco Aurélio[7] também não é diferente, vejamos: "Se o órgão que acusa é o mesmo que julga, não há garantia de imparcialidade e haverá tendência em condenar o acusado".

Vejamos novamente o posicionamento de Antônio Augusto Mayer dos Santos:

> O Inquérito nº 4.781, instaurado pelo presidente do Supremo Tribunal a partir de "notícias fraudulentas (fake news)" que teriam atingido "a honorabilidade e segurança" da Corte, é um processo inconstitucional. Este seu comprometimento é ostensivo, indo "desde os alicerces até o telhado", para utilizar as expressões do jurista prussiano Ferdinand Lassalle (1825-1864).

Trazemos ao debate o posicionamento de Lima (2020, p. 201):

> (...) causou grande controvérsia no cenário jurídico a decisão do Min. Dias Toffoli, então Presidente do Supremo Tribunal Federal, de determinar, de ofício, com fundamento no art. 43 e seguintes do RISTF, a instauração de inquérito "para apurar a existência de notícias fraudulentas ("fake News"), denunciações caluniosas, ameaças e infrações revestidas de animus caluniandi, difamandi e injuriandi, que estariam supostamente atingindo a honorabilidade e a segurança daquela Corte, de seus membros e familiares" (Portaria GP n. 69, de 14/03/2019 – Inq. 4.781), designando, para a condução do feito, o eminente Ministro Alexandre de Moraes.
>
> Com a devida vênia ao eminente Ministro, o ato em questão é passível de crítica com base em diversos argumentos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a) por mais que o art. 43, caput, do RISTF, vigente desde 1º de dezembro de 1980, disponha que "ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro", é fato que o dispositivo em questão não foi recepcionado pela Constituição Federal. Com efeito, essa concentração de poderes nas mãos de uma única pessoa, *in casu,* no *Ministro inquisidor*, além de violar a imparcialidade e o devido processo legal, revela-se absolutamente incompatível com o próprio Estado Democrático de Direito, assemelhando-se à reunião dos poderes de administrar, legislar e julgar em uma única pessoa, o ditador, nos regimes absolutistas.

b) a designação do Ministro Alexandre de Moraes para a condução do referido inquérito, *sem prévia distribuição*, revela-se absolutamente incompatível com o princípio do juiz natural, do qual deriva a regra de que não se pode admitir critérios discricionários na escolha do magistrado competente para o processo e julgamento de determinado feito;

c) ainda que se queira argumentar que o art. 43, *caput,* do RISTF, teria sido recepcionado pela CF/88, e mesmo que se queira sustentar que os supostos crimes contra os Ministros (ou contra seus familiares) teriam sido cometidos na sede ou dependência daquela Corte, com o que não concordamos, é de rigor lembrarmos que a competência originária do Supremo Tribunal Federal está prevista na Constituição Federal, e não em seu Regimento Interno. E é a Carta Magna que dispõe, expressamente, no art. 102, I, alínea "b", que compete ao Supremo o processo e julgamento de eventuais *crimes comuns praticados por seus Ministros*, e não de eventuais *crimes contra eles praticados (ou contra seus familiares)*, do que se conclui que o referido inquérito jamais poderia tramitar perante aquela Corte, porquanto inexistente qualquer autoridade dotada de foro que justificasse sua competência originária. É dizer, as diversas medidas cautelares ali decretadas vêm sendo determinadas por uma autoridade judiciária absolutamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> incompetente, violando, pois, uma vez mais, o princípio do juiz natural, e o devido processo legal;
>
> d) por fim, considerando-se que a então Procuradora-Geral da República ofereceu promoção de arquivamento do referido inquérito, 56 que, aliás, vinha – e vem – tramitando, inexplicavelmente, em segredo de justiça, seria de rigor seu acatamento pelo STF, porquanto inviável a aplicação do art. 28 do CPP. Contrariando, todavia, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, 57 o Min. Relator não apenas indeferiu a referida promoção, como vem, ademais, sem qualquer manifestação do titular da ação penal, decretando inúmeras medidas cautelares, tais como mandados de busca domiciliar, proibição de exibição de matérias jornalísticas, afastamento cautelar de servidores públicos de suas funções, etc. E isso tudo de maneira sigilosa.

Lima (2020, p. 201) finaliza dizendo:

> Enfim, ante o caráter ilegal do referido procedimento investigatório, resta esperar que o Supremo Tribunal Federal proceda ao arquivamento do Inq. 4.781,58 reconhecendo, assim, a ilicitude de todas as provas nele obtidas, haja vista a nulidade *ab initio.* Afinal, se há fatos ilícitos a serem apurados, sejam quais forem os autores ou vítimas, e mesmo que estas sejam Ministros da Suprema Corte (ou seus familiares), também se impõe o respeito às competências constitucionais e legais que definem as instituições e autoridades que devem apurá-los.

Todos os posicionamentos aqui mencionados a respeito do tema levam ao entendimento da ilegalidade da instauração do inquérito pelo STF, para tanto, importante trazer ao debate o verdadeiro significado de Constituição.

Para Martins (2017, p.129), a definição de Constituição é:

> "Lei Fundamental; a Lei das Leis; a Lei que define o modo concreto de ser e de existir do Estado; a Lei que ordenada e disciplina os seus elementos essenciais" ou jusnaturalista, como sendo o conjunto de regras de Direito Natural que servem como base e fundamento à instituição do Estado e limitação de seus poderes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

José Afonso da Silva, *apud* Martins (2017, p.129), assim define Constituição:

> "sua lei fundamental, (...) a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado."

Lenza (2020, p. 85), utilizando os ensinamentos de Hans Kelsen, afirma:

> Hans Kelsen é o representante desse sentido conceitual, alocando a Constituição no mundo do dever-ser, e não no mundo do ser caracterizando-a como fruto da vontade racional do homem, e não das leis naturais.
>
> (...)
>
> No direito percebe-se um verdadeiro escalonamento de normas, uma constituindo o fundamento de validade de outra, numa verticalidade hierárquica. Uma norma, de hierarquia inferior, busca o seu fundamento de
>
> validade na norma superior e esta, na seguinte, até chegar à Constituição, que é o fundamento de validade de todo o sistema infraconstitucional.
>
> A Constituição, por seu turno, tem o seu fundamento de validade na norma hipotética fundamental, situada no plano lógico, e não no jurídico, caracterizando-se como fundamento de validade de todo o sistema, determinando a obediência a tudo o que for posto pelo Poder Constituinte Originário.

O que se extrai desses ensinamentos é que a Constituição Federal atribuiu competências a todos os poderes constituídos, Legislativo, Executivo, Judiciário e Ministério Público, além de ter conhecido em matéria de Processo Penal, o sistema acusatório, onde há a distinção entre acusar, defender e julgar. Assim, qualquer ato de um dos poderes constituídos em desacordo com o texto constitucional, incorre em ilegalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para tanto, o presente artigo tem o condão de analisar os aspectos jurídicos de instauração do inquérito das "fake news" pelo STF, desenvolvendo uma abordagem com fundamento constitucional.

A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental, recorrendo-se a livros e artigos relacionados ao tema.

Nesse sentido, o presente artigo foi divido em quatro seções: na primeira são abordados assuntos relacionados a inquérito policial; prosseguindo, aborda-se sobre Ministério Público; função constitucional do STF; e por fim, sobre sistemas processuais penais (inquisitorial e acusatório).

2.INQUÉRITO POLICIAL

É um procedimento que tem cunho investigativo, presidido pela autoridade policial e sua instauração ocorre quando há uma infração penal relatada na notícia de crime. Constitui-se por uma série de diligências objetivando obter elementos de prova para que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) decida em oferecer denúncia ou queixa-crime contra o autor da infração penal.

Nesse sentido, Lima (2020, p.173) define inquérito policial:

> Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Vejamos a definição de Rangel (2019, p.152):

> Inquérito policial, assim, é um conjunto de atos praticados pela função executiva do Estado com o escopo de apurar a autoria e materialidade (nos crimes que deixam vestígios – *delicta facti permanentis*) de uma infração penal, dando ao Ministério Público elementos necessários que viabilizem o exercício da ação penal.
>
> (...)
>
> O Inquérito policial compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação (CPP português – art. 262, item 1).

A polícia judiciária, encarregada pela condução do inquérito policial, será exercida pelo delegado da Polícia Civil ou da Polícia Federal, autoridades policiais que fazem a apuração das infrações penais e sua autoria, respeitados as circunscrições territoriais. Nesse sentido, vejamos o que dispõe o art. 4º do Código de Processo Penal:

> Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Nesse sentido, Reis e Gonçalves (2017, p.42) asseveram que:

> São as seguintes as características próprias do inquérito policial.
>
> **a) Ser realizado pela Polícia Judiciária** (Polícia Civil ou Federal). A presidência do inquérito fica a cargo da **autoridade policial** (delegado de polícia ou da Polícia Federal) que, para a realização das diligências, é auxiliado por investigadores de polícia, escrivães, agentes policiais etc. De acordo com o art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013, "ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais". (grifo do autor).

O art. 144, § 1º, incisos I e IV e § 4º da Constituição Federal, define claramente as funções de polícia judiciária atribuídas à Polícia Federal, quando ocorrerem infrações penais contra a ordem política e social do país, e à Polícia Civil, quando ocorrerem infrações penais dentro de seu território abrangido por sua circunscrição, devendo-se respeitar a competência da União. Vejamos:

> Art. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
>
> I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de

> suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
>
> (...)
>
> IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
>
> (...)
>
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Como se pode observar, a Constituição Federal tratou de atribuir tanto à Polícia Federal quanto à Polícia Civil, a função de polícia judiciária competindo-lhes a investigação das infrações penais respeitadas as atribuições de cada uma dessas instituições. Assim, o procedimento adequado para a realização das investigações de polícia judiciária passa a ser o inquérito policial que será presidido pela autoridade judiciária (delegado de Polícia Civil ou Polícia Federal).

Nesse sentido, a Lei nº 12.830/2013[8], determina a competência do delegado de polícia para a condução de investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, tendo como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais, *in verbis:*

> Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.
>
> § 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

O inquérito policial pode ser instaurado de formas diferentes, para tanto, é importante observar se o crime é de ação pública ou de ação privada.

Nesse sentido, Reis e Gonçalves (2017, p.62), asseveram:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ação penal **pública** é aquela em que a iniciativa de seu desencadeamento é **exclusiva** do Ministério Público (órgão público), nos termos do art. 129, I, da Constituição Federal. Em razão disso, havendo indícios de autoria e materialidade colhidos durante as investigações, mostra-se **obrigatório** o oferecimento da **denúncia** (peça inicial neste tipo de ação) (grifo dos autores).

Dentre as funções institucionais atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal, está a função de promover a ação penal pública, ou seja, a obrigatoriedade constitucional de denunciar o autor na ocorrência de um crime, havendo indício de autoria e materialidade comprovada da infração penal depois de colhidos todos os elementos de informações necessários durante a fase de investigação (inquérito).

A ação pública pode ser incondicionada e condicionada. A primeira se traduz pela ausência de qualquer condição para o exercício da ação, passando a ser a regra no processo penal e havendo o silêncio da lei quanto a qualquer condição para o exercício, essa será incondicionada.

Nesse sentido, Rangel (2019, p.398), assevera que:

> Na ação penal pública incondicionada (como o próprio nome está a dizer), o Ministério Público independe da manifestação de vontade de quem quer que seja para propor a ação, pois basta haver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato (nas infrações que deixam vestígios) para propor ação.
>
> (...)
>
> A Lei dirá sempre quando a ação será pública, seja condicionada ou incondicionada, e quando será de iniciativa privada (cf. art. 100 e seus §§ do CP).

Vejamos o art. 100, caput, § 1º do Código Penal, mencionado por Rangel, *verbis:*

> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça.

A segunda, a condicionada, depende de certa condição para a propositura da ação penal, nesse caso, pode ser a própria representação da vítima ou ainda, a requisição do Ministro da Justiça, ou seja, uma determinação. Nesse caso, o Ministério Público continua o titular da ação, contudo, só poderá oferecer denúncia se houver a representação da vítima ou requisição do Ministro da Justiça.

Nesse sentido, o art. 24 do Código de Processo Penal é bastante claro, *verbis*:

> Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

A respeito do tema, Lima (2020, p. 202), afirma que:

> Nos crimes de ação penal pública condicionada, a deflagração da *persecutio criminis* está subordinada à representação do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça (...) Por representação, também denominada de *delatio criminis* postulatória, entende-se a manifestação da vítima ou de seu representante legal no sentido de que possuem interesse na persecução penal, não havendo necessidade de qualquer formalismo. Nesses casos (v.g., ameaça), a instauração do inquérito policial estará vinculada à manifestação da vítima ou de seu representante legal, de onde se possa extrair que têm intenção de ver apurada a responsabilidade penal do autor da infração.

A ação penal, também pode ser privada, ou seja, aquela que depende exclusivamente da ação do ofendido, ou de seu representante legal, quando se tratar de menor ou incapaz. O início se dá com a queixa-crime, peça inicial formalizada pelo próprio ofendido ou representante legal, onde constarão todas as informações a respeito do fato criminoso que deverá ser endereçada ao juiz competente. O Estado continua com o direito de punir o infrator, contudo, a ação penal passa a ser subjetiva do ofendido ou de seu representante legal, pois se trata de delitos que atingem profundamente a intimidade da vítima, as quais muitas vezes preferem não submeter a questão a juízo, pois entendem que serão expostas vindo a piorar a situação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesses termos, assim dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

O Art. 100, § 2º do Código Penal, também é bastante claro quanto à questão, *verbis:*

> Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido.
>
> (...)
>
> *§ 2o A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo.*

Na ação penal privada, a autoridade policial só poderá instaurar inquérito para dar início às investigações, mediante requerimento da vítima ou de seu representante legal. O art. 5º, § 5º, do Código de Processo Penal, assim disciplina a questão, *verbis*:

> Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:
>
> (...)
>
> § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Quanto ao tema, Lima (2020, p. 202), assevera que:

> Em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, o Estado fica condicionado ao requerimento do ofendido ou de seu representante legal.
>
> (...)
>
> No caso de morte ou ausência do ofendido, o requerimento poderá ser formulado por seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão (CPP, art. 31). Como se vê, esse

> requerimento é condição de procedibilidade do próprio inquérito policial, sem o qual a investigação sequer poderá ter início.

Nesse mesmo sentido, temos os ensinamentos de Rangel (2019, p. 427):

> A iniciativa deste direito de agir é que em alguns casos excepcionais é dada ao particular. Portanto, a ação penal é pública, porém iniciada pelo particular.
>
> O Estado entrega ao particular o direito de perseguir em juízo aquilo que lhe é devido (jus accusationis), porém o direito de punir (jus puniendi) pertence-lhe exclusivamente.
>
> (...) é proposta pelo ofendido (ou seu representante legal), através da petição inicial penal denominada queixa-crime. Assim, percebe-se que a titularidade da ação é um elemento subjetivo que as *distingue*, pois, na de iniciativa pública, o legitimado é o Estado-administração (Ministério Público), na de iniciativa privada, é o ofendido (ou quem tiver qualidade para representá-lo).
>
> Portanto, o ofendido na ação penal de iniciativa privada tem a natureza jurídica de um verdadeiro substituto processual, pois está legitimado para litigar em juízo, em nome próprio, como autor, na defesa de direito alheio, qual seja: o interesse que tem o Estado de ver reintegrada a ordem jurídica que foi violada com a prática da infração penal. O ofendido é legitimado extraordinariamente para agir, posto que o legitimado ordinário é o Estado-administração.

Destarte, sendo o inquérito policial é um procedimento que tem natureza puramente administrativa, seu objetivo é apurar a prática de infrações penais, autoria e materialidade, não se confundindo com a fase processual a qual ocorre somente após o início da ação penal (oferecimento da denúncia) pelo Ministério Público. O termo prova só é utilizado na fase processual indicando uma probabilidade tanto de autoria quanto de materialidade, já as peças de informação colhidas na fase do inquérito, são pré-processuais indicando apenas uma possibilidade, algo distante e abstrato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal no art. 127 define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Dentre as funções institucionais do Ministério Público, está a de promover a ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, *verbis*:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Nesse contexto, importante trazer ao debate o significado de ação penal. Para tanto, Frederico Marques, *apud* Rangel (2019, p. 396), assim define:

> A ação penal é o direito de invocar-se o Poder Judiciário para aplicar o direito penal objetivo; e, como dela se serve o Estado para tornar efetivo seu ministério penal, a ação é também um momento da persecução criminal
>
> [...] A ação penal é o direito que tem o Estado-Administração, em face do Estado-juiz, ao julgamento sobre o mérito de uma pretensão punitiva regularmente deduzida na acusação (Elementos. São Paulo: Bookseller, 1997. v. I, p. 287-291).
>
> A ação é o motor do processo, sem cujo exercício mediante o pertinente ato processual [denúncia ou queixa-crime] não se pode acessar a jurisdição, nem pode nascer o processo (SENDRA, Vicente Gimeno. Introducción al derecho procesal. 3. ed. Madri: Colex, 2000. p. 242).

Desses ensinamentos, resta claro que o Ministério Público tem legitimidade para propor a ação penal. Contudo, em se tratando de ação pública condicionada, deve ser verificado se a condição foi satisfeita ou não, devendo estar presente a manifestação de vontade do ofendido, ou seja, do particular, bem como a manifestação de vontade do Ministro da Justiça, que se configura em ato da administração.

Presente a manifestação de vontade, o Ministério Público tem o dever de propor a ação, uma vez que estejam presentes os requisitos objetivos e subjetivos

do fato, ou seja, da infração penal. Havendo ausência de manifestação de vontade tanto do ofendido quanto do Ministro da Justiça, não poderá o Ministério Público propor a ação.

Sendo a ação pública incondicionada, ou seja, aquela que não está atrelada a nenhuma condição, o Ministério Público pode propor a ação penal independentemente da vontade de quem quer que seja, para isso, basta haver indícios suficiente de autoria e materialidade do fato, nas infrações que deixam vestígios.

Trazemos à baila os ensinamentos de Rangel (2019, p. 400) quanto ao tema:

> A obrigatoriedade da ação penal pública é o exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional, a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada. Trata-se de um *munus* público constitucional conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do poder constituinte originário.

Nesse contexto, o Ministério Público é essencial à função jurisdicional do Estado participando ativamente dos processos da justiça em nosso país, contribuindo fortemente para a boa administração. Para tanto, nossa Carta Magna de 1988, lhe atribuiu a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

4.FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal é o maior órgão do Poder Judiciário brasileiro cabendo-lhe a guarda da Constituição em casos que envolvam lesão ou ameaça, conforme dispõe o art. 102 da Constituição da República. Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros (art. 102, inc. I, a e b, da CF/1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o habeas corpus, o mandado de segurança, o habeas data e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.

A partir da Emenda Constitucional 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, depois de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (art. 103-A da CF/1988).

Destarte, em sendo o Supremo Tribunal Federal um tribunal de última instância que julga questões de constitucionalidade independentemente de litígios concretos, de suas decisões não cabe recurso a qualquer outro tribunal.

5.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

5.1 Sistema inquisitorial

Sistema ditatorial utilizado em toda a Europa durante o século XIII, oriundo do Direito Canônico, sendo posteriormente utilizado pelos tribunais civis até o século XVIII. As funções de acusar, defender e julgar destaca-se como a principal característica concentrada em uma única pessoa denominada de juiz inquisidor, o acusador.

Nesse tipo de sistema presente se faz a imparcialidade, pois o juiz acusador espera de forma programada o resultado final do julgamento onde ele próprio assume as funções de acusar, defender e julgar. Não se fala no princípio do contraditório, pois a falta de contraposição entre acusação e defesa torna inviável a aplicação desse princípio. Destaca-se que, nesse sistema o acusado sempre ficava encarcerado e mantido incomunicável.

Da mesma forma, o sistema comporta a não obrigatoriedade de uma acusação formal por órgão público ou pelo ofendido, sendo permitido ao juiz iniciar todo o processo criminal por decisão própria sem as observâncias de quaisquer procedimentos regulamentador anterior. Assim, o próprio juiz conduzia a colheita de provas tanto na fase das investigações quanto na fase processual penal, mesmo sem qualquer manifestação da acusação ou do acusado, ficando-as sob seu controle absoluto e podendo chegar à conclusão que melhor lhe conviesse.

A respeito do tema, Lima (2020, p. 42), assevera que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> No sistema inquisitorial, o acusado é mero objeto do processo, não sendo considerado sujeito de direitos. Na busca da verdade material, admitia-se que o acusado fosse torturado para que uma confissão fosse obtida. O processo inquisitivo era, em regra, escrito e sigiloso, mas essas formas não lhe eram essenciais. Pode se conceber o processo inquisitivo com as formas orais e públicas.
>
> Como se percebe, há uma nítida conexão entre o processo penal e a natureza do Estado que o institui. A característica fundamental do processo inquisitório é a concentração de poderes nas mãos do juiz, aí chamado de inquisidor, à semelhança da reunião de poderes de administrar, legislar e julgar nas mãos de uma única pessoa, de acordo com o regime político do absolutismo.

Dessa forma, o sistema inquisitorial mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito onde os direitos e garantias fundamentais das pessoas são assegurados, além de violar princípios processuais penais. Pois o julgador haveria de estar distante das partes, para a aplicação do princípio da imparcialidade. No Brasil, esse sistema viola tanto a Constituição Brasileira a qual ficou conhecida como "Constituição Cidadã", bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – CADH.

5.2 Sistema acusatório

Diferentemente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, ou seja, acusação, defesa e juiz, este último, mantendo-se distante com a finalidade de julgar com imparcialidade. A oralidade das partes também se destaca como características desse sistema, ao qual se aplica o princípio da presunção da inocência. A regra quanto ao acusado era de ficar livre durante todo o processo. Destaca-se que durante várias fases do Direito Romano, a escrita e o sigilo fizeram parte do sistema acusatório.

O sistema acusatório fez parte da Antiguidade grega e romana, bem como da Idade Média, época de domínio do direito germano. Seu declínio ocorreu a partir do século XIII, prevalecendo a partir de então o sistema inquisitivo.

O nome "acusatório" significa que nesse sistema alguém só poderá ir a juízo quando houver acusação formal de uma imputação com todos os fatos narrados, destacando-se nesse contexto o Ministério Público que é o titular da ação penal pública.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Lima (2020, p. 43) afirma:

> Ora, se é natural que o acusado tenha uma tendência a negar sua culpa e sustentar sua inocência, se acaso não houvesse a presença de um órgão acusador, restaria ao julgador o papel de confrontar o acusado no processo, fulminando sua imparcialidade. Como corolário, tem-se que o processo penal se constitui de um *actum trium personarum*, integrado por sujeitos parciais e um imparcial – partes e juiz, respectivamente. Somente assim será possível preservar o juiz na condição de terceiro desinteressado em relação às partes, estando alheio aos interesses processuais.

Lima (2020, p. 43) continua suas afirmações quanto ao tema:

> Portanto, quanto à iniciativa probatória, o juiz não pode ser dotado do poder de determinar de ofício a produção de provas, já que estas devem ser fornecidas pelas partes, prevalecendo o exame direto das testemunhas e do acusado. Portanto, sob o ponto de vista probatório, aspira-se uma posição de passividade do juiz quanto à reconstrução dos fatos. A gestão das provas é, portanto, função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal.

A Constituição Federal de 1988 adotou em matéria de processo penal o sistema acusatório, consoante dispõe o art. 129, inciso I, tornando privativa a propositura da ação penal pública pelo Ministério Público, momento em que terá início a fase processual. Do contexto apresentado, tem-se que o magistrado não deve promover atos de ofício tanto na fase de investigação quanto na fase processual, ficando tais atribuições, às autoridades policiais, ao Ministério Público e, às partes, durante a fase processual penal. A Lei nº 13.964/2019[9], que incluiu o art. 3º- A, no Código de Processo Penal, trouxe mudanças quanto essa questão, segundo o qual "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação".

Portanto, no sistema acusatório adotado pelo Brasil, as partes envolvidas no processo estão em equilíbrio de igualdade, a quem cabe a produção de provas na

fase processual, sempre com respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, o trabalho apresentado cuidou de fazer a análise da instauração do inquérito das fake news pelo Supremo Tribunal Federal, sob o enfoque constitucional e jurídico.

Diante de todo o exposto, ficou evidenciado que a instauração do inquérito nº 4.781, instaurado pelo presidente do STF a partir de "notícias fraudulentas (fake news)" que teriam atingido "a honorabilidade e segurança" da Corte, revela-se ilegal tornando os elementos de provas ilícitos, de forma a ensejar seu arquivamento por contrariar todas as normas de direito do ordenamento jurídico brasileiro que tem sua base constituída sobre a lei, sendo esta a mais importante fonte do direito.

Ademais, existindo disseminação de notícias fraudulentas, "fake news", não se deve negar as devidas investigações para identificação do autor e a conseqüente aplicação da sanção prevista em lei. Contudo, os procedimentos devem seguir o que preconiza a Constituição Federal e demais dispositivos legais. Assim, cada poder constituído estará exercendo sua função constitucional sem usurpar a função de outro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República (2020). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/08/2020.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 12/08/2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 12/08/2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 24ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. Volume único. 8ª ed. rev.,ampl. e atual. Salvador. Ed. JusPodvm, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARTINS, Flávio**. Curso de Direito Constitucional.** 1ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Ed. Atlas, 2019.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal.** São Paulo. Ed. Saraiva Educação, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo. Ed. Atlas, 2019.

https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/06/inquerito-das-fake-news-no-stf-tem-vicio-de-origem-e-provas-contaminadas-diz-representante-de-procuradores.shtml. Acesso: 14/08/2020

https://www.revistavoto.com.br/opiniao-dez-inconstitucionalidades-inquerito-das-fake-news/. Acesso: 14/08/2020.

https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=445764&ori=1. Acesso: 20/08/2020.

http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno. Acesso 10/09/2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12830.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20investiga%C3%A7%C3%A3o%20criminal,eu%20sanciono%20a%20seguinte%20Lei%3A&text=%C2%A7%205%C2%BA%20A%20remo%C3%A7%C3%A3o%20do,%C3%A1%20somente%20por%20ato%20fundamentado. Acesso:14/09/2020.

https://pt.wikipedia.org/wiki/Supremo_Tribunal_Federal. Acesso: 23/09/2020.

NOTAS:

[1] Professor orientador da Disciplina TCC II, do Curso de Bacharelado em Direito. Professor de Direito Constitucional. Universidade Luterana do Brasil – ULBRA. Mestre em Direito Ambiental. Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Email: Wallace.carvalhosa@ulbra.br.

[2] Portal notícias do STF.

[3] Revista Voto, 01. 06.2020.

[4] Jornal Folha de São Paulo, 24.06.2020.

[5] Sistema consagrado pela Constituição Federal de 1988, em matéria de Processo Penal, fazendo distinção entre acusar, defender e julgar. Art. 129, I, CF/1988.

[6] Princípio Constitucional que garante um julgamento neutro, legal e legítimo. Art. 5º, LIII, CF/1988.

[7] BBC NEWS BRASIL, 18.06.2020.

[8] Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

[9] Lei do pacote anticrime (aperfeiçoa a legislação penal e processual penal).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A RESERVA DE VAGAS PARA PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS EM CONCURSO PÚBLICO DIANTE DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Cataria, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

A promoção ativa da igualdade requer uma discriminação através da qual, reconhecendo-se circunstâncias que alijam determinados seguimentos da igualdade de oportunidades, expurgando-os do direito de competir, busque-se um tratamento diferenciado na medida necessária a superar essas circunstancias estigmatizantes. O Estado, portanto, passa a ter a necessidade de propiciar um tratamento privilegiado em favor daqueles socialmente excluídos e carecedores da expectativa de concorrer igualmente com os demais.

Contudo, a discriminação positiva encontra limites no próprio ordenamento. Não se pode discriminar aleatoriamente e a qualquer custo sob o pretexto de salvaguardar a igualdade de oportunidades. Por isto, faz-se necessário delinear com precisão os contornos do conteúdo positivo da igualdade, a fim de saber até onde a discriminação será legitima e comportável dentro do sistema jurídico vigorante e, por conseguinte, identificar quando há uma discriminação não amparada, do ponto de vista jurídico, repita-se, pelos paradigmas constitucionais estabelecidos.

Nesta linha, veremos que o deferimento de inscrição para pessoas portadoras de necessidades especiais em concursos públicos deve passar por um rigoroso controle em função da causa limitadora apresentada pelo candidato, sob pena de se ter a destinação indevida das vagas especiais, em franca ofensa ao princípio da igualdade.

Celso Antônio Bandeira de Mello em obra singular sobre o tema, e de leitura indispensável para quem pretende sobre ele debruçar-se, intitulada *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, fornece de forma irretorquível critérios científicos para se saber qual a discriminação conforme com o princípio da igualdade e qual a que o afronta.

Desta forma, com o propósito de saber se até que ponto a reserva de vagas para Pessoas Portadoras de Necessidades Especiais respeita os limites comportados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pelo princípio da igualdade, é necessário promover a investigação da discriminação positiva realizada diante dos referidos critérios.

Segundo Mello, o reconhecimento das diferenciações que podem ser feitas sem quebra da isonomia centra-se em três pontos: [1]

> *I – no elemento tomado como fator discriminante;*
>
> *II – na correlação lógica entre o critério de discrímen e o tratamento diferenciado procedido;*
>
> *III – na consonância da discriminação com valores constitucionalmente protegidos.*

No primeiro ponto, pede-se que a lei não tome como critério de diferenciação características tão específicas que singularizem no presente e definitivamente, de modo absoluto, o sujeito objeto do tratamento diferenciado; e que, necessariamente, o fator discriminante esteja, na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada.

O terceiro ponto significa que nem toda diferenciação, ainda que atendido o requisito acima comentado e exista correlação lógica entre o fator de discriminação e a discriminação pretendida (tema a ser tratado em seguida), está em consonância com o princípio da igualdade. Faz-se necessário ainda que a discriminação procedida esteja em função de valores açambarcados pela ordem constitucional vigente.

Imaginemos, então, uma lei estadual que, atendendo a exigência do artigo 155, § 2, XII, g, da CF e as demais existentes, cujo detalhamento aqui não nos interessa, com o intuito de favorecer o desenvolvimento de grandes empreendimentos comerciais naquele Estado passe a prevê alíquota de ICMS reduzida pela metade para todos os produtos comercializados por empresas que tenham o faturamento anual bruto superior a 20 milhões de Reais. Neste caso, não se vê problema quanto ao elemento tomado como fator discriminante e nem na correlação lógica exigida, já que a redução de tributos que dificultam o desenvolvimento econômico em favor das grandes empresas traria como consequência o fomento de grandes empreendimentos comerciais no Estado, ou seja, atacando-se um elemento causador de um ambiente hostil à proliferação dos empreendimentos em pauta, a princípio, haveria uma justificativa racional em prol da discriminação perpetrada.

Contudo, no que tange ao terceiro dos requisitos mencionados, qual seja, a compatibilidade dos fins almejados pela diferenciação realizada com interesses acolhidos pelo sistema constitucional, a Lei ilustrativamente mencionada violaria o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

princípio da isonomia, já que a Carta Magna expressamente valoriza o tratamento favorecido para as micro e pequenas empresas, e não para as de grande porte.

Já em relação à reserva de vagas para portadores de necessidades especiais, pensamos nós, há o prefeito atendimento deste requisito, vez que a inserção social desse segmento populacional encontra-se em harmoniosa sintonia com interesses constitucionalmente protegidos por um Estado que tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como visto, os dois critérios acima tratados não oferecem maiores dificuldades, eis por que deles sucintamente tratamos em primeiro.

Quanto à questão da correlação lógica entre o fator discriminante e o tratamento diferenciado procedido, o olhar a ser passado deve ser um pouco mais cuidadoso, já que aí reside um valioso critério de controle para correta efetivação do princípio da igualdade.

Para que uma discriminação não agrida a isonomia assegurada constitucionalmente impõe-se que haja um fundamento racional ligando o fator em função do qual se procede a segregação e o tratamento diferenciado ministrado. É preciso que a situação de desigualdade que se quer coibir guarde nexo causal com o critério diferenciador adotado.

No caso do tratamento constitucional diferenciado em prol dos portadores de necessidades especiais em concursos públicos, o nexo causal é facilmente detectado. O deficiente físico, por possuir limitações de natureza diversas, encontra-se em efetiva desvantagem em uma concorrência com pessoas livre das barreiras em questão. Basta tentar imaginar a dificuldade um deficiente visual para deslocar-se até uma escola e acompanhar as aulas que, na maioria das vezes, não são ministradas por professores habilitados para trabalhar com essas pessoas. Seria até desleal, na disputa por um cargo ou emprego público, trata-los indistintamente. Então, o legislador constituinte, atento a esta realidade, racionalmente justificadora de uma discriminação positiva, autorizou a reserva de até 20 por centos das vagas para portadores de deficiências.

Contudo, esta ressalva do Constituinte deve ser interpretada com a devida cautela e em atenção ao nexo de causalidade necessário. Desta forma, a deficiência hábil a autorizar um tratamento diferenciado deve ser aquela que coloque quem a possui em situação desvantajosa em relação às pessoas ditas “normais”, sob pena de

se transformar a aludida tutela em instrumento de privilégios odiosos. Não se justificaria, por exemplo, que uma pessoa com uma pequena deficiência usufruísse do benefício em comento, sem que a deficiência que lhe acomete comprometa nenhuma de suas funções.

Sem embargo, muitas vezes por conta das carências estruturais do Setor Público, lamentavelmente, tem sido comum pessoas que se aproveitam da situação, com pequenas deficiências que não as colocam em situação de desvantagem, valerem-se da reserva constitucional de vagas em detrimento de quem, de fato, a ela faz jus.

Nesta linha, para que a regra de reserva de vagas para pessoas portadoras de necessidades especiais e o princípio da igualdade sejam realizados em sua plenitude, é preciso que se imponha um rigoroso controle nas avaliações médicas para habilitação de inscrição de portadores de necessidades especiais em concursos públicos.

Assim, o perito médico examinador deve dedicar especial atenção às caraterísticas da "deficiência" apresentada e avaliar se esta circunstância coloca o candidato em situação de desvantagem na disputa. Em caso positivo, a discriminação positiva será juridicamente legítima; todavia, em sendo negativa, a participação no certame deverá se dar nas vagas de ampla concorrência, sob pena de se estabelecer um verdadeiro privilégio em detrimento daqueles que realmente fazem jus ao benefício legal.

Em suma, a reserva de vagas para pessoas portadoras de necessidades especiais é um instituto com assento constitucional que está a serviço do princípio da igualdade, mas, para que seja efetivado em sua plenitude, é preciso que haja a correta identificação dos seus beneficiários, partindo da premissa de que a deficiência hábil a autorizar um tratamento diferenciado deve ser aquela que coloque quem a possui em situação desvantajosa na disputa.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência*. 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 11ª ed. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

NOTA:

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. P. 21.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE COM A NOVA INTERPRETAÇÃO QUANTO AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

JESSE SOUZA VIEIRA:
Bacharelando do curso de Direito pela ULBRA-MANAUS.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho abordará o código de processo civil de 1973 quanto as condições das ações e as mudanças advindas pelo código de processo civil vigente com a nova interpretação. O problema, está para a possibilidade da existência ou não das condições das ações no CPC vigente. Os objetivos é verificar na doutrina, o conceito de ação, processo e condições da ação. Bem como analisar o código de processo civil de 1973, sobre as condições da ação, comparar com o código processual vigente sobre o mesmo tema, analisando sua existência ou não. Portanto conclui-se que não há mais previsão das condições da ação no código de processo civil vigente, mais sim o interesse e legitimidade nos termos do artigo.17 do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Pressupostos Processuais, CPC, Condição, Ação, Processo.

SUMÁRIO: 1 Introdução – 2 Conceito de ação - 2.1 Conceito de processo – 2.2 Condições da ação – 2.3 O código de processo civil de 1973 e Código de processo civil vigente com a nova interpretação quanto as condições da ação – 3 Considerações finais – 4 referencias.

1.INTRODUÇÃO

Tendo em vista que o Brasil é um dos países como mais leis no mundo e a cada dia cria uma nova lei, seja para acompanhar os costumes do povo ou trazer benefícios aos entes políticos, portanto no diz respeito ao código de processo civil não é diferente. Uma vez que já tinha o código de processo civil de 1973, porem aos operadores do direito em geral verificou-se que algumas parte da lei já não acompanhava o atual momento jurídico, portanto em virtude disso fora criada o novo código de processo civil de 2015, no qual trouxe várias inovações.

O código de processo civil vigente revogou o antigo código de 1973, dentre as mudanças trouxe como pressupostos da ação, o interesse e a legitimidade.

O presente trabalho terá como tema; o código de processo civil de 1973 e o código de processo civil vigente com a nova interpretação quanto as condições da ação

O problema, está para a possibilidade da existência ou da condições das ações, já que o código processual vigente não prevê este instituto mais. Os objetivos é verificar na doutrina, o conceito de ação, processo e condições da ação. Bem como analisar o código de processo civil de 1973, sobre as condições da ação, comparar com o código processual vigente sobre o mesmo tema, analisando sua existência ou não.

Ao longo do trabalho abordaremos através de conceitos doutrinários, o conceito de ação, processo, condições da ação, bem como o comparativo entre o cpc de 1973 e 2015, sobre a continuidade ou não da condições da ação no novo cpc.

No que diz respeito ao tipo de pesquisa, fora escolhido o método dedutivo, qual colhe a informação, análise e dedução do assunto, quanto ao tipo de pesquisa escolheu-se a bibliográfica, no qual fora pesquisado em artigos, revistas, código de leis, livros e sites especializados.

2. CONCEITO DE AÇÃO

No que diz respeito ao conceito de ação, é necessário fazer algumas observações dentre elas é que o Estado tem o poder-dever da prestação jurisdicional, porém desde que seja provocado. Deste modo a consequência disso é a ação que pode ser compreendida como sendo como o meio no qual se provoca o estado juiz, deste modo entende-se que é um direito publico subjetivo de acionar a tutela jurisdicional, aqui nascendo o direito de ação.

A respeito, conceitua, (DONIZETTI, 2018, p.131), que:

> O estado tem o poder-dever de prestar a tutela jurisdicional, isto é dirimir os conflitos de interesses. A jurisdição no entanto só age quando provocada [...] é necessário discorrer que o meio de provocar a tutela jurisdicional é a ação. [...] a par desse poder dever do estado de prestar a tutela jurisdicional, surge para o individuo um direito publico subjetivo de acionar a jurisdição (direito de ação).[...] o direito de ação é publico, porque se dirige contra o estado-juiz.[...] e subjetivo porque o ordenamento jurídico faculta aquele lesado em seu direito pedir a manifestação do estado. [...]mediante o direito de ação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> provoca-se a jurisdição estatal, a qual por sua vez, será exercida por meio daquele complexo de atos que é o processo.

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2012), explica que a ação é um direito publico e subjetivo do individuo de exigir uma prestação jurisdicional do estado-juiz, com o intuito de resolver uma pretensão deste que descrito na lei.

Nesse viés, o surgimento desse direito, de acordo com a CF/88, aduz que:

> Art. 5º[...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Portanto conforme observado acima, percebe-se que a ação é um direito constitucional, no qual o legislado prevê que não será tolerada a arbitrariedade e injustiça, caso haja desde que respaldado por lei deverá buscar tal direito através da ação.

2.1 CONCEITO DE PROCESSO

O termo processo pode ser compreendido como um mecanismo judicial colocado a disposição do individuo que levará sua ação ao estado juiz, no qual será processada, tendo como pretensão a busca e resposta por um direito.

Conceitua (MAIA NUNES, 2017,p.1) que:

> Processo é o veículo posto à disposição dos cidadãos para levar sua ação ao Poder Judiciário, visando a obter deste uma resposta sobre determinada pretensão (sentido lato) exercida. Processo é instrumento de provocação da jurisdição, que, na maioria dos casos, serve à realização do direito material, seja por meio de sua reparação, seja por meio de sua preservação, seja por meio de seu acertamento.

O autor (DONIZETTI,2018,p.4) que processo judicial:

> Na composição de litígios só é possível porque o estado-juiz fora conferido o exercício da função jurisdicional, a qual se manifesta de forma válida por meio do processo. É nessa acepção que se deve entender o processo como o meio para o exercício legitimo do poder jurisdicional.[...] o código de processo civil contempla métodos consensuais para a solução de litígios [...] o processo jurisdicional digamos assim, ser a ultima ratio para evitar o esgarçamento social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme aduz (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2012,p.309), o processo em sede judicial:

> Marcha avante ou caminhada do (latim procedere : seguir a diante), o processo, então pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspectos das relações entre seus sujeitos.

2.2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

As condições da ação podem ser compreendidas como requisitos essenciais e necessários para obter o direito de ação. Para Donizetti (2018), ressalta que as condições de uma ação é o direito público subjetivo de provocar a tutela jurídica estatal, não precisando se preocupar com o resultado, uma vez que seu manejo necessariamente precisa do preenchimento de certas condições, no qual sem ela o estado não poderá prestar tutela jurídica, assim extinguindo o processo.

Entende-se por legitimidade ad causam, os chamados atores processuais, sendo que o legitimo para propor a ação é o chamado de legitimidade ativa e aquele que figura no polo passivo será a parte ré, ou seja para considerar-se legitimo a propor a ação ou ser parte dela, no mínimo este individuo participou de um fato que deu origem a ação, deste este sendo legitimo a figurar, seja no polo passivo ou ativo da relação jurídica processual.

Entende (HARUMI KUDO,2017,p.3)que:

> Na legitimidade ad causam o autor e o réu devem ser parte legitimas para figurarem na ação. Desse modo, haverá duas parte que é a legitimidade ativa aquele ira propor a ação e a legitimidade passiva, no qual este irá figurar como réu.

O interesse processual, seria a procura pelo estado-juiz na busca para resolver questões em haja alguma vantagem em que o juízo estatal lhe dará amparo. Verifica-se também que no que diz respeito ao interesse processual é levado em conta a necessidade e adequação, a primeira sendo inviável a solução a não ser pela jurisdição estatal, já o segundo cuida-se do amparo estatal para solucionar a lesão ao autor.

Quanto a possibilidade jurídica do pedido, percebe-se que este pedido seja possível ou viável, ou seja, que tenha previsão no ordenamento jurídico, e que o mesmo não vede tal pedido. Harumi Kudo (2017), revela que a falta de das três condições já citadas ocorrerá carência na ação, que terá como consequência a extinção do processo sem o julgamento do mérito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E O CODIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE COM A NOVA INTERPRETAÇÃO QUANTO AS CONDIÇÕES DA AÇÃO

No presente titulo irá ser abordado sobre o código de processo civil de 1973 e o atual de 2015, no que diz respeito as condições da ação. No qual será feito um comparativo entre ambos, oque mudou e por consequente, aquilo que trouxe de divergência de interpretações da sua existência ou não.

Prevê o código de processo civil de 1973 que:

> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...]
>
> VI - quando não concorrer qualquer das **condições da ação**, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

Como visto acima, percebe-se que o CPC de 1973, no artigo citado trás as condições da ação como requisito. Uma vez faltando uma dessas condições será extinto o processo sem resolução do mérito, deste modo tais condições eram a possiblidade jurídica do pedido, legitimidade e interesse processual.

Já com o advento do código de processo civil 2015, nos termos do artigo. 17 deste código aduz que:

> Novo código de processo civil. Lei 13.105/2015.**Art. 17. Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade.**

Observando acima e fazendo um comparativo, se antes previa as condições da ação, no atual ordenamento jurídico, nos termos de artigo.17 do código de processo civil vigente, não mais existe e pelo menos não há sua previsão, fundamentando apenas que para postular em juízo deve haver o interesse e legitimidade. Nesse contexto é possível avaliar que não subsiste, uma vez que foi revogado.

Nesse contexto é importante notar que ação será efetivamente proposta quando for protocolada a petição inicial, artigo312 do cpc. Veja-se:

> Art. 312. Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ou seja além da legitimidade interesse a mesma deve ser protocolada, feito isso, vale frisar que deve haver legitimidade e interesse para ser julgado o mérito, observa-se:

> CPC.Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:
>
> VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

Para (DONIZETTI, 2018, p.135), revela que:

> Quanto as condições da ação, o novo texto do artigo.17 estabelece que para a postular em juízo é necessário interesse e legitimidade. O artigo.485 VI, por sua vez prescreve que a ausência de qualquer dos dois requisitos, possíveis serem conhecidos pelo magistrado, permite a extinção do processo, sem resolução do mérito. Como se pode perceber o código não utiliza mais o termo ´´condições da ação´´.

Portanto pelo exposto, como já verificado, observou-se que pela égide no código de processo civil vigente, nos moldes do artigo. 17, que o interesse e legitimidade, não é condição da ação e sim requisitos primordiais elementares para se postular diante do estado juiz ou seja os (pressupostos da ação). Assim bem como inexiste as condições da ação já que não há mais previsão e muito menos sua discriminação nos termos do código de processo civil vigente.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Escolheu-se o tema; o código de processo civil de 1973 e o código de processo civil vigente com a nova interpretação quanto as condições da ação

Teve como problemática a discussão da possibilidade da existência ou da condições das ações, sob a égide do código processual. Quanto aos objetivos foi verificar na doutrina, o conceito de ação, processo e condições da ação. Bem como analisar o código de processo civil de 1973, sobre as condições da ação, comparar com o código processual vigente sobre o mesmo tema, analisando sua existência ou não.

Ao longo do mesmo percebeu-se que os objetivos fora cumprido com êxito, uma vez que respondeu ao problema, que era, se a condição da ação faz parte ou não do código de processo civil de 2015, dai respondendo tal questão nos termos do artigo.17, que, o interesse e legitimidade, não é condição da ação e sim requisitos primordiais elementares para se postular diante do estado juiz ou seja os

(pressupostos da ação). Assim bem como inexiste as condições da ação já que não há mais previsão e muito menos sua discriminação nos termos do código de processo civil vigente.

4. REFERÊNCIAS

CINTRA Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER Ada Pellegrini, DINAMARCO Candido Rangel. Teoria geral do processo. Editora Malheiros. São Paulo. 2012.

DONIZETTI Elpídio. Curso didático de direito processual civil. Editora atlas. São Paulo.2018.

HARUMI KUDO Júliana. As condições da ação no novo código de processo civil. Disponível em:https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/as-condicoes-da-acao-no-novo-codigo-de-processo-civil/#:~:text=Em%20seus%20primeiros%20estudos%20Liebman,a%20possibilidade%20jur%C3%ADdica%20do%20pedido.&text=%C3%89%20o%20que%20consta%20no,necess%C3%A1rio%20ter%20interesse%20e%20legitimidade%E2%80%9D. 2017. Acesso agosto de 2020.

MAIA NUNES Jorge Amaury. Processo e procedimento. Migalhas. Disponível em:https://www.migalhas.com.br/coluna/processo-e_procedimento/259751/teoria-do-processo.2017. acesso em agosto de 2020.

PLANALTO. Leis; direito de ação. Direito constitucional. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em outubro de 2020.

PLANALTO. Leis; direito processual civil. Código de 1973. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm. acesso em outubro de 2020.

PLANALTO. Leis; direito processual civil. Código de 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em setembro de 2020.

QUARIGUAZI Leandro. As condições da ação a luz do novo CPC. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/59705/as-condicoes-da-acao-a-luz-do-novo-cpc .2017. Acesso em outubro de 2020.

VADEMECUM. Leis; código de processo civil. Editora Saraiva. São Paulo. 2019.

NOTAS:

[1] Rubens Alves da Silva. Professor orientador da ULBRA-MANAUS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ASSISTENTE RELIGIOSO NA MAIOR PENITENCIARIA DO AMAZONAS: UMA ANÁLISE JURÍDICA E TEOLÓGICA DA ATUAÇÃO DO CAPELÃO CARCERÁRIO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM – COMPAJ

ANGELO ANTONIO LIBORIO DE OLIVEIRA FILHO:
Bacharel em Ciências Teológicas pela Faculdade Boas Novas - FBNCTSB. Bacharelando de Direito pela Universidade Luterana do Brasil – CEULM/ULBRA Manaus, AM. Assessor no Tribunal de Contas do Estado do Amazonas.

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar através de uma perspectiva jurídica-teológica, as nuances da atuação do assistente religioso civil-carcerário ante às problemáticas administrativas-estatais. Desde o seu surgimento na Europa — perpassando pela primeira prisão do Brasil no Rio de Janeiro — até sua contemporaneidade no Amazonas, especificamente no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ. Para o desenvolvimento e caracterização deste estudo, fora analisada de forma legal e fática as leis/normas que geram direitos e deveres, e seus cumprimentos ou não por parte dos agentes; capelão carcerário e Estado. Também foram pesquisadas as competências teológicas-cristãs das quais um assistente religioso deve cumprir no exercício de seu ofício/missão, não somente estatal mas também eclesial, como assim acentua Antonio Carlos da Rosa Silva Junior, no livro *Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional,* e Gisleno Alves em; *Manual do Capelão: Teoria e Prática.* O COMPAJ como principal refletor da situação prisional do Estado do Amazonas é o centro da pesquisa, bem como as Leis e normas; Mundiais, federais, estaduais e municipais, vigentes no atual Estado de Direito Brasileiro e os capelães que lá atuam, do qual tem a missão de restaurar as vidas e o ofício de ressocializá-las novamente.

Palavras-chaves: Assistente religioso. Estado. COMPAJ. Amazonas. Capelão.

ABSTRACT: This study aims to analyze, from a juris-theological perspective, the nuances of the role of the civil-prison religious assistant in the face of administrative-state problems. From its appearance in Europe - passing through the first prison in Brazil in Rio de Janeiro - until its contemporaneity in Amazonas, specifically in the Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ. For the development and characterization of this study, the laws/norms that generate rights and duties, and their compliance or not by agents, had been analyzed in a legal and factual manner; prison chaplain and state. The theological-christian competences that a religious assistant must fulfill in the exercise of his office/mission, not only state but also ecclesial, were also researched, as Antonio Carlos da Rosa Silva Junior emphasizes, in the book *Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional*, and Gisleno Alves in; *Manual do Capelão: Teoria e Prática.* COMPAJ as the

main reflector of the prison situation in the State of Amazonas is the center of the research, as well as the laws and regulations; World, federal, state and municipal, in force in the current Brazilian rule of law and the chaplains who work there, whose mission is to restore lives and the job of re-socializing them again.

Keywords: Religious assistant. State. COMPAJ. Amazonas. Chaplain.

Sumário: Introdução. 1. A histórica relação do assistente religioso e Estado/prisão e detento (a). 1.1 O capelão carcerário na Europa - Os John's do século XVIII. 1.2 O capelão carcerário no Brasil. 2. Análise jurídica das competências do capelão. 2.1 Análise teológica das competências do capelão. 2.2 Análise jurídica das competências do Estado e prisão. 3. A prisão e os presos em Manaus; Centro Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ. 3.1 O capelão carcerário do Centro Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ, nas observações de suas competências 3.2 A Atuação do capelão entre as competências administrativas-estatais no Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Lista de Ilustrações: Imagem 1 – Bridwell Prision. Imagem 2 – Planta da casa de correção do Rio de Janeiro, 1834 (Arquivo Nacional, Rio de Janeiro). Imagem 3 – Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa. Imagem 4 – Complexo Penitenciário Anísio Jobim e Centro de Detenção Provisória Masculino. Imagem 5 – Foto da entrada principal do Complexo Penitenciário Anísio Jobim.

Lista de Gráficos: Gráfico 1 – Infográfico; número de presos que trabalham. Gráfico 2 – Infográfico; número de presos que estudam**.** Gráfico 3 – Infográfico de superlotação.

Lista de Tabelas: Tabela 1 – Tipos de capelania. Tabela 2 – Profiles perfil. Tabela 3 – Notas sobre o dever do Estado para com preso. Tabela 4 – Notas sobre o dever do Estado para com o capelão.

INTRODUÇÃO

A partir do cumprimento da lei e das práxis de uma consciência cristã, torna-se viável analisar a produção do assistente religioso civil-carcerário sobre a assistência religiosa prisional, por meio de uma pesquisa do estado do conhecimento, de modo a evidenciar a relevância que o tema ocupa, bem como, lacunas a serem preenchidas. Todo conteúdo do primeiro capítulo fora extraído de fontes históricas através de livros, jornais, fontes estatísticas, leis, biografias, diários, documentos, teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos de revistas e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sites, deixando assim para o terceiro capítulo essencialmente o trabalho extraído e desenvolvido no campo.

A religião e as pessoas religiosas sempre estiveram presentes nas prisões brasileiras. De fato, algumas das primeiras prisões do país foram estabelecidas por insistência e com a ajuda de pessoas de fé, que esperavam que os reclusos pudessem ser reformados durante o confinamento. Hoje, as pessoas religiosas ainda desempenham um papel importante no sistema de justiça criminal de Manaus. Todas as prisões de Manaus têm pelo menos um (a) capelão (ã) ou coordenador (ra) de serviços religiosos, mesmo que de grande maioria voluntária. Esses ministros (as), padres, irmãs, rabinos e religiosos (as) leigos (as) dispõe-se na interseção de uma tendência social; A superlotação; tendo o Brasil a terceira maior taxa de encarceramento do mundo desenvolvido, com aproximadamente 700.000 mil homens e mulheres presos, perdendo apenas para os Estados Unidos e a China.

O direito constitucional brasileiro do livre exercício da religião (também aos presos) foi afirmado pelos tribunais e reforçado pela legislação federal, tendo como primeiro dever dos (as) capelães (ãs) das prisões, ajudar a atender às necessidades religiosas dos reclusos. Além disso, o papel dos (as) capelães (ãs) continua a ser reformulado para atender às mudanças nas necessidades do sistema correcional. Por exemplo, pesquisas recentes sugerem que, devido à escassez de recursos e pessoal, muitos (as) capelães (ãs) mudaram seu foco do ministério direto para tarefas administrativas, como recrutar e supervisionar voluntários da comunidade, processar pedidos de reclusos (as) por dietas especiais e outras acomodações religiosas, e organização de programas seculares e religiosos para aconselhar, orientar e educar os reclusos.

Como resultado de questionários aos capalães do COMPAJ, este trabalho apresenta uma rara janela sobre a religião atrás das grades. Embora os capelães, como todos os observadores, indubitavelmente tragam suas próprias perspectivas e predileções, eles também ocupam um ponto de vista valioso como trabalhadores correcionais que mantêm interações regulares e muitas vezes positivas com os presos e têm um forte interesse no papel da religião na vida dos presidiários.

1. A histórica relação do assistente religioso e Estado/prisão e detento (a)

O capelão prisional é um representante de uma religião específica que fornece auxílio espiritual e religioso à comunidade carcerária. Embora na maioria das vezes ser um membro da igreja o capelão é também um empregado do serviço prisional voluntário, que administra o auxílio espiritual e religioso em nome de Deus através

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da Igreja e o Estado à comunidade carcerária. A partir de uma perspectiva teológica, é necessário que os três elementos1 estejam interligados para que se configure a capelania carcerária. Portanto é essencial que eles sejam pesquisados individualmente a fim de obter melhor resolução à análise da posição do capelão em relação ao Estado e detento. A tabela a seguir demonstra alguns ramos de capelania, para melhor compreensão do leitor:

Tabela 1 – Tipos de Capelania.

Religião:	**Instituição Religiosa:**	**Capelania (grupo):**	**Capelão (principal agente):**	**Instituição Jurídica:**	**Recebedor do auxílio:**	**Tipo de Capelania:**
Cristã	Católica	Masculino	Fulano	Exército	Militar	Capelania Militar
Espírita	Centro Espírita	Feminina	Ciclano	Hospital	Enfermos	Capelania Hospitalar
-	-	Misto	Exemplo	Escola	Estudantes	Capelania Escolar
-	-	-	-	Empresa	Colaborador (a)	Capelania Empresarial
-	-	-	-	Órgão Esportivo	Praticante do Esporte	Capelania Esportiva
Cristã	Exemplo	Diversos	Líder	Prisão	Infrator (a)	Capelania Carcerária

Fonte: Elaborada pelo autor.

Trata-se nesta pesquisa, do último tipo elencado. Partindo de uma cronologia histórica, esta pesquisa dispõe-se a examinar o contexto de onde surge a capelania – Inglaterra – afunilando-a ao Brasil, até chegar na Prisão do COMPAJ, Manaus.

1 Capelão, Estado/Instituto Penitenciário e Detento.

A relação do ser humano com a prisão (compreendida como pequeno local físico) é relatada nos primeiros escritos da humanidade, como no caso do contexto do qual contemplava o Código de Hamurabi2 e na história de José no livro de Genesis3. Na era da Roma Antiga, essa relação ganhou características mais concisas, quando juridicamente surgiram decretos que proibiam o uso da prisão para fins de castigo, e posteriormente com Constantino, quando cristianismo tornou-se o viés pelo qual a concepção de prisão para punição e não castigo pode se estabelecer. Já no século XII, o Benefit of Clergy4 (SKOUSEN, 2008, p.1), foi incorporado pelo tribunal da Igreja Católica, reduzindo assim as penas para seus funcionários em relação aos cidadãos, e seguidamente na Baixa Idade Média a prisão por atividade criminosa tomou a forma normativa.

Porém, sobre tudo isto, ainda não se tinha os primeiros traços de capelania carcerária, pois estes só se configuram precisamente na Grã-Bretanha em 1557, com a criação das casas correcionais, conforme afirma o Dr. Thomas Beckner5:

---

2 Parágrafo § 22: "Se um awllum cometeu um assalto e foi preso: esse awllum será morto". **O Código de Hamurabi: Introdução, tradução (do original cuneiforme) e comentários de E. Bouzon**. 3. ed. Petrópolis: Vozes. 1976, p.31.

3 Versículo 22. "E o Maioral da casa do cárcere entregou na mão de Joseph todos os presos, que estavam na casa do cárcere, e ele fazia tudo o que se fazia ali". D'ALMEIDA, João F. A. **BÍBLIA SAGRADA: Contendo o Velho e o Novo Testamento.** Nova York: Sociedade Americana da Bíblia, 1848. p.44.

4 BENEFÍCIO DO CLERO – "De acordo com a lei medieval, os clérigos não estavam sujeitos à maioria das penalidades sob a lei civil ou criminal; eles poderiam ser julgados apenas nos tribunais eclesiásticos. Este benefício do clero continuou (embora com mais limitações) até o século XVIII, e, em várias vezes, foi estendido a qualquer um que demonstrasse alfabetização (tradução nossa)". SKOUSEN, Lesley. **Redefining Benefit of Clergy During the English Reformation: Royal Prerogative, Mercy, and the State.** A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of the Arts (History). UNIVESITY OF WISCONSIN: Madison, 2008. p.1.

5 O Dr. Thomas Beckner é uma autoridade reconhecida na capelania prisional, tendo atuado em vários cargos na área de justiça criminal nos últimos 30 anos. Serviu como consultor para várias agências estaduais e municipais. Beckner também foi pioneiro no desenvolvimento de programas educacionais para ministérios correcionais - para organizações comunitárias sem fins lucrativos, bem como para programas de certificação. Ele gerencia Soluções de Capelania (chaplaincysolutions.org) dedicadas a melhorar a prestação de serviços de capelania prisional, fornecendo recursos profissionais e apoio contínuo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "[...] Os clérigos da Ilha Britânica, na tentativa de criar alternativas humanitárias para duros castigos corporais e execuções, foram líderes no desenvolvimento da casa de trabalho como um meio de prover habitação temporária para infratores, devedores e outros pequenos delitos. O primeiro deles inaugurado na Escócia em 1557 [...] Projetado para levar infratores e os destituídos da rua, ao mesmo tempo, introduzindo-os a uma ética de trabalho - a característica central da workhouse -, este modelo foi copiado por cidades em toda a Europa. Cada uma das instituições logo encheu mendigos e criminosos insignificantes, mas gradualmente as casas de trabalho foram usadas exclusivamente para ofensores mais sérios. Em pouco tempo, elas se deterioraram devido ao uso excessivo, à falta de apoio público e a padrões operacionais deficientes. [...]" (tradução nossa) (BECKNER, 2012, p. 14).6

Mesmo que não fosse necessariamente um implemento reformador, o grande passo fora dado, para que o sistema punitivo começa-se a ter como finalidade a reabilitação7. É constatado por Foucalt (1999, p.29), que o objetivo desta reabilitação não era a ressocialização para a vida, mas sim para o trabalho/economia e política8. Contudo a práxis na prisão que outrora era vedada, agora poderia ser exercida com fidelidade (ou não) aos preceitos cristãos. Ao tempo que, se não praticado a partir destes, ter-se-ia uma aversão e irresponsabilidade a mais (diante dos homens e da Igreja), dentre as outras existentes por parte do clero da época, e dos capelães atuais, no que diz respeito do amor ao próximo e a devida atribuição de dignidade e valor

6 "[...]Churchmen in the British Isle, attempting to create humanitarian alternatives to harsh corporal punishments and executions, were leaders for vagrants, debtors, and other petty offenders. The first of these, opened in Scotland in 1557 [...] Designed to take vagrants and the destitute off the street while at same time introducing them to a work ethic – the central feature of the *workhouse* – this model was copied by cities throughout Europe. Each of the institutions soon filled with beggars and petty criminals, but gradually the owrkhouses came to be used exclusively for more serious offenders. Before long, they deteriorated through overuse, lack of public support, and poor perational standards. [...]". BECKNER, Thomas W. **Correctional Chaplains: Keepers of the Cloack.** [S.l.]: Capella Press, 2012. p.14.

7 Reabilitação é definida como mudança interna que resulta na cessação do comportamento negativo desejado. Pode ser alcançado por infligir dor, como ferramenta de aprendizagem para modificação de comportamento, ou por outras formas não dolorosas, como disciplina, educação, religião, entre outros.

8 FOUCALT, Michael. **Vigiar e Punir**. 20 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p.29.

do ser humano, do qual uma autoridade eclesiástica deve-se prestar para com o preso (JUNIOR; FRANCO; CÉSAR, 2016, p.40)9, atribuição esta fundamentada num primeiro momento no âmbito bíblico-teológico e mais tarde na linha humanista através do Estado Moderno10.

O contexto do século XVI era impetuoso, a visão católica de mundo em grande parte havia entrado em demérito por conta do renascimento que surge no começo do século, tendo como efeito o início do que Mircea Eliade (1992, p.14) chama de dessacralização11. Diferentemente da idade média clássica; no século XVI os feudos não correspondiam aos anseios econômicos do momento; não eram autossustentáveis tão bem quanto a proposta que vinha apresentando o sistema econômico que se desenvolvia entre os mercadores (depois chamados de burgueses).

Embora o direito da baixa idade-média repudia-se o sistema dos mercadores, como se observa nas afirmações dos clérigos; Papa Graciano (o pai do Direito Canônico) quando remonta a São Jerônimo dizendo: *Homo mercator nunquam aut vix potest Deo placere*, o mercador nunca agradará a Deus; ou de São Tomás de Aquino quando assevera: *quandam turpitudinem habet*, o comércio, assinalado em si próprio, tem um caráter deplorável.12 Independente desses, as transformações econômica, social, política e religiosa do sistema dos mercadores emergiram e progrediram sobre o sistema dos senhores feudais.

O êxodo rural se formulava e as cidades cresciam com esta nova forma de fazer comércio; surgia portanto, um período pré-capitalista. Ainda restrito na sociedade medieval, o crescimento da população contribuiu para que a circulação de mercadoria em vias terrestres e marítimas se estabelecesse, corroborando para com que o sistema feudal entra-se em desintegração; pois este não dava mais conta da subsistência humana. Neste contexto, a socióloga Anitua declara:

---

9 JUNIOR, A.C.; FRANCO, R.C.; CÉSAR, E.M.L. **Como Anunciar o Evangelho Entre os Presos**: Teologia e Prática da Capelania Prisional. Viçosa, MG: Ultimato, 2016. p.40.

10 Filosofia moral que põe os humanos como os principais, numa proporção de importância, no centro do mundo. É uma visão comum à uma enorme quantidade de posturas éticas que destina importância principalmente a dignidade, esperança e as capacidades humanas, sobretudo a racionalidade.

11 Refere-se ao processo de desmitificação do universo religioso pela secularização. ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.14.

12 Pois julgavam o comércio ser o prazer pela ambição do lucro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "a ruptura da ordem econômica feudal e da forma de apropriação da mão-de-obra produziu um excedente de população marginal (nas cidades), um despovoamento do campo e um êxodo de proporções pouco imagináveis para algumas áreas urbanas que não existiam durante a Idade Média."13 (ANITUA, 2007, p.65)

Daí então nascia a necessidade da ordem e governo, e também de se construir casas de correção para infratores. Pois numa visão econômica; os infratores eram sinônimo de mão-de-obra e a mão-de-obra era igual a lucro; e na corrida da obtenção do ganho, a largada já se tinha dado partida, deste então, era proveitoso recuperar o indivíduo para o trabalho/sociedade. A *penitentia*14 neste momento, perpassou do âmbito religioso ao social, promovendo então os primeiros traços de configuração de uma capelania carcerária e o instituto filantrópico.

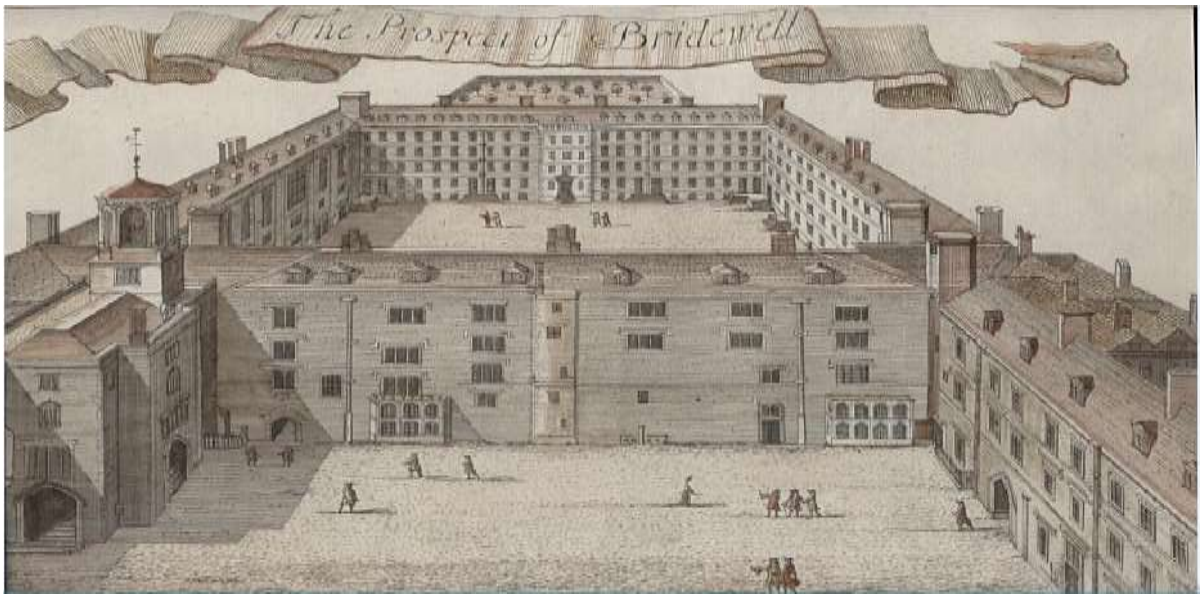


Imagem 1 – Bridewell Prison

Fonte: https://www.londonlives.org/

13 ANITUA, Gabriel I. **História dos Pensamentos Criminológicos.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p.65.

14 Sacramento da Igreja que redime os pecados a quem os confessa. **"penitência". Dicionário Priberam da Língua Portuguesa**, 2008-2013, Disponível em <https://dicionario.priberam.org/penit%C3%AAncia>. Acesso em 03 jun. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Bridewell15 foi um dos vários protótipos desenvolvidos na Grã-Bretanha, Europa e América do Norte nos próximos trezentos anos; em Amsterdam teve-se o Rasp-Huis16 (FOUCALT, 1999, p.133), estabelecida em 1596, e a construção de uma prisão monástica em San Michele, Roma, em 1703, pelo papa Clemente IX17, que também proporcionavam uma visão perturbadora dos desenvolvimentos futuros da punição estatal.

Num primeiro momento, as casas de correção (Bridewell) foram feitas para indivíduos que não queriam trabalhar. Através da disciplina aplicada nesses, o indivíduo aprestaria para ter habilidade e disposição ao trabalho, reformando então, seu caráter através da disciplina, instrução moral e religiosa. Quando preparado, o preso poderia ser liberado, sendo não mais assim, um fardo para a sociedade.

"O açoite, o desterro e a execução capital foram os principais instrumentos da política social inglesa até a metade do século, quando os tempos se mostraram maduros, evidentemente, para uma experiência que se revelaria exemplar. Por solicitação de alguns expoentes do clero inglês, alarmados com as proporções alcançadas pela mendicância em Londres, o rei autorizou o uso do castelo de Bridewell para acolher

15 Instituições inglesas antigas que mantinham os pobres itinerantes, muitos dos quais provavelmente haviam cometido pequenos delitos. O nome deriva da localização dessa instituição (sendo um antigo palácio).

16 "Rasphuis de Amsterdam. Destinava-se em princípio a mendigos ou a jovens malfeitores. Seu funcionamento obedecia a três grandes princípios: a duração das penas podia, pelo menos dentro de certos limites, ser determinada pela própria administração, de acordo com o comportamento do prisioneiro (essa latitude podia, aliás, ser prevista pela sentença: em 1597 um detento era condenado a doze anos de prisão, que podiam se reduzir a oito, se seu comportamento fosse satisfatório). O trabalho era obrigatório, feito em comum (aliás a cela individual só era utilizada a título de punição suplementar; os detentos dormiam 2 ou 3 em cada cama, em celas que continham 4 a 12 pessoas); e pelo trabalho feito, os prisioneiros recebiam um salário. Enfim um horário estrito, um sistema de proibições e de obrigações, uma vigilância contínua, exortações, leituras espirituais, todo um jogo de meios para "atrair para o bem" e "desviar do mal", enquadrava os detentos no dia-a-dia". FOUCALT, op. cit., p.133.

17 O Papa Clemente XI resolveu modernizar e reconstruir o hospital San Michele, com o intuito de acolher delinquentes juvenis. Considerando que se fazia uso de duas formas de pena, o regime de silencia e o regime de reclusão solitária, a prisão passou a se tornar uma instituição especializada. Em San Michele, o aprisionamento era exclusivo para jovens considerados incorrigíveis, com menos de 20 anos de idade, e o tratamento era selecionado de acordo com o tipo de caso. SUN. Erika W. Y. **Pena, Prisão e Penintência**. Brasília: Unb, 2008. p.42.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

os vagabundos, ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, que era dirigida com mão de ferro, era reformar os internos através do trabalho obrigatório." (MELOSSI, PAVARINI, 2007, p.36)18

O antigo camponês ou a pessoa que não concorda-se em trabalhar, havia de ser reformulado ao modelo previsto de sociedade pelo Reino/Estado vigente, para que assim prestassem serviço. Logo após a Inglaterra, no século XVII, espalharam-se os modelos de casas correcionais pela; Holanda, Alemanhã, Suiça (países que já haviam desenvolvimento pré-capitalista) e também na França, aonde foi criado o Hospital General (com finalidades semelhantes à das casas). Esse processo evoluiu até se chegar no que se conhece sobre prisão no século atual.

É necessário frisar, que a atuação do clero na época estava presente, configurando o início da capelania carcerária. A capelania das prisões, embora ainda em estágio embrionário, forneceu um papel proeminente ao lidar com aqueles que cumpriam penas ou que aguardavam execução. O capelão nessas casas não apenas ajudou a preparar pedidos de misericórdia aos reis, mas também ministrou àqueles que queriam ouvir a palavra de Deus. Muitos dos condenados podiam ter precisado de ajuda na redação de cartas, seja para um cavalheiro local que podia ter comiseração de sua causa ou diretamente para o rei. O capelão pode muito bem ter sido a pessoa que realizou esse ato.

56 (cinquenta e seis) é o número de trabalhos entre teses e dissertações produzidas referente ao tema "assistência religiosa prisional" até 201819, destes apenas 1 (um) contempla a região Norte. Comparado a capelania militar ou hospitalar, poucos são os autores (as) que se enveredaram pelo estudo da capelania prisional, de um modo que a bibliografia sobre o tema é escarça, tanto no exterior20 como principalmente no contexto brasileiro.

1.1 O capelão carcerário no ocidente - Os John's do Século XVIII.

18 MELOSSI, D. PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. p.36.

19 Selson Garutti & Rita de Cássia da Silva Oliveira**. A assistência religiosa prisional pelo estado do conhecimento**. Rever v.18 n.3 set/dez. 2018. p.208.

20 BECKNER, op. cit., p. 38.

Apesar de nos séculos XVI e XVII o capelão ter ajudado a escrever pedidos de misericórdia ao rei, a relação do capelão com o Estado/Reino e os presídios se manteve em uma inércia no que diz respeito a grandes transformações, até o século XVIII, poucas coisas mais expressivas que esses feitos foram realizados.

Ned Ward21 (citado em McConville, 1981, p.52)22 visitou uma Bridewell em 1700, e ainda que não houvesse obrigações legais para as Bridewell's ter um ministro da religião/capelão, Ward talvez concluiu que deveria haver esse confinamento, mas não cristão. Pois ficou descontente com o que testemunhou. Sustentou que viu uma grande barbaridade no que se refere a relação do capelão com o detento, sendo vergonha para leis, infelicidade para nação e um escândalo para o cristianismo. De fato, havia pouco lucro em suprir as necessidades espirituais dos prisioneiros; o clero que mostrava interesse em seus paroquianos cativos era muitas vezes indesejável, visto como "interferente" pelos próprios carcereiros (tradução nossa)23 (James, 1990, p.60). Segundo Hay (1975, p.29), o clero era "preguiçoso, ausente e dominado pela ambição material" (tradução nossa)24, talvez a razão pela qual o clero pode não ter sido bem-vindo na prisão, se deu pela sua impopularidade geral.

No tópico intitulado como "Fundamento Bíblico-Teológico da Capelania: motivação cristã para o trabalho", Gisleno Alves afirma que; o trabalho de assistência religiosa precisa ser feito com excelência, tendo como motivação a glória à Cristo, pelo qual o agente religioso deverá realiza-lo estando intencionado na promoção dessa glória e não do seu cargo, fundamentado no exemplo de Jesus, que sendo rico, se fez pobre, por amor de nós, ou seja, há um elemento de abnegação (ALVES, 2017, p.19).25

21 Escritor Público da época.

22 McCONVILLE, Seán. **A HISTORY IF ENGLISH PRISON ADMINISTRATION**: Volume 1, 1750-1877. New York: Routledge & Kegan Paul, 1981. p.51.

23 interfering. JAMES, J. T. L. (1990). **A Living Tradition: Penitentiary Chaplaincy**. Ottawa: Chaplaincy Division, Correction Service of Canada, 1990. p.60.

24 lazy, absentee and dominated by material ambition. HAY, Douglas. **Property, Authority and Criminal Law**. New York: Phanteon, 1975. p.29.

25 ALVES. Gisleno G. F. **Manual do Capelão: Teoria e Prática**. São Paulo: Hagnos, 2017. p.19.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os primeiros a intervirem nessa inércia instalada, foram os pastores protestantes, sobretudo o metodista John Wesley e o quaker John Howard.26 Wesley pregou mensalmente aos prisioneiros no Castelo de Oxford, enquanto seu irmão Charles visitava regularmente a prisão Newgate.

> "Poucos homens, se algum, alguma vez pregou em tantas circunstâncias peculiares. O caso seguinte, que ocorreu, por volta deste tempo, acrescentado a muitos já relatados, pode ilustrar este fato. Ele havia prometido pregar, às seis horas da manhã, para os prisioneiros em Whiteley. "Embora o chão estivesse coberto de neve, tantas pessoas se reuniram", ele diz, "que eu fui constrangido a pregar no pátio da prisão. A neve continuou a cair, e o vento norte a soprar ao nosso redor; mas eu confio que Deus aqueceu muitos corações." (GREEN, 2005, p.292)27

Para além da pregação e do prestar assistencialismo imediato, Wesley incorporou em parte de sua vida, os traços fidedignos da capelania carcerária, que corresponde realizar um programa institucional desenvolvido em torno de metas que correspondem a preocupações sistêmicas, em vez de promover um empreendimento iniciado pela Igreja com objetivos puramente teológicos. Wesley lidou simultaneamente com a lealdade dividida entre a supervisão estatal e o compromisso pastoral individual divino (tradução nossa)28.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

26 Ele era a consciência do povo inglês a respeito das más condições em suas prisões, das quais eles tinha pouco conhecimento ou preocupação. Ele pode ser chamado de o pai da reforma penal moderna e da reforma penal os reformadores não se afastaram dos princípios que ele primeiro enunciou. (tradução nossa). HART. William. E. **John Howard: An Appreciation**. Canadá: [s.n.], 2015. p.24

27 GREEN, Richard. **John Wesley, o Evangelista**. [S.l.]: The Wesley Center for Applied Theology, 2005. p.292.

28 carry out an institutional program developed around goals that match systemic concerns rather than to promote a church-initiated enterprise with purely theological aims. Every chaplain must deal with a divided allegiance: He or she must be a supervisor of programs for the system, yet at the same time be a pastor to inmates. HART, op. cit., p. 57.

Longe do romantismo e do excesso de valoração. Os diários29, jornais30 e as biografias afirmam, que o trabalho severo empregado por John Wesley fora revolucionador para o contexto do século. Tanto que John Howard no começo de sua carreira de reformador de prisões, fora inspirado por Wesley.31 Contudo, anos depois, Howard sobressaiu a Wesley, no que se refere ao emprego transformador dos presídios e os detentos da época, deixando assim uma impressão mais duradora referente aos trabalhos de capelania carcerária.

John Howard junto a outros pensadores/reformadores, que atuaram principalmente após a segunda metade do século XVIII, deram início ao que os cientistas chamam de; era do humanitarismo penitenciário32. Pelo fato dos grandes avanços em comparação aos anteriores, referente a concepções, estudos e reformas quanto a condição de vida prisional. Porém retendo-se na análise da implementação/eficácia do auxílio religioso nas prisões, John Howard teve as mais expressas contribuições, equivalendo-se ao perfil de um capelão carcerário33, do qual empregava o trabalho de converter o preso ao cristianismo (meta da capelania)

29 WESLEY, John. **O Diário de John Wesley**. São Paulo: Arte Editorial, 2009.

30 WESLEY, John. **THE TYNDALE SERIES OF GREAT BIOGRAPHIES THE JOURNAL OF JOHN WESLEY**. Chicago: MOODY PRESS, 1951.

31 JAMES, op. cit., p.17.

32 Era do "Humanitarismo Penitenciário", fruto das obras e do trabalho de três grandes vultos da cultura penal e penitenciária,a saber: John Howard, Cesare Beccaria e JeremyBentham. Impõe-se, por isso, analisar alguns aspectosda sua doutrina, indispensáveis para a compreensão daevolução da pena privativa da liberdade, nomeadamenteno que toca à sua concepção e ao melhoramento dascondições de vida daqueles que se viam e vêm privadosda sua Liberdade. GONÇALVES. Pedro C. **A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.** 2009. R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 9-17, jan. / jun. 2009.

33 É fácil afirmar que alguém que deseja ser capelão deve ter um perfil que se adapte a esses princípios e características, entre os quais podemos elencar: capacidade de exercer o dom da misericórdia, saber servir, entender a dignidade da pessoa humana, saber respeitar e conviver com o diferente, não ser denominacionalista, sabe atentar para a necessidade do próximo e da instituição aonde atua etc. ALVES, op. cit., p.219.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concomitantemente ocupando de reabilitar o mesmo em seus aspectos éticos e morais (meta do Estado).34

Certa vez, em uma de suas viagens pela Europa, Howard foi capturado junto a outros navegantes por um navio Francês. Nesta época a França estava em guerra contra a Inglaterra (Guerra dos sete anos). Howard sofreu no corpo e na alma as barbaridades acometidas por uma prisão, antes mesmo de se empenhar a trabalhar pelo melhoramento das mesmas. Mais tarde, em concomitância com suas longas viagens, visitou as piores prisões da Europa, sentido outra vez literalmente na pele (pelo fato de ter morrido por tifo contraído em visita à prisão de Kherson) as mazelas do sistema prisional. Howard trabalhou não se omitindo diante as desumanidades praticadas das prisões à época. Em sua consagrada obra, ele revela:

> "Alguns são vistos definhando sob doenças, "doentes e na prisão"; expirando nos chãos, nas celas do lodo, nas febres pestilentas e confluência das varíolas: Vítimas, Eu não devo me dedicar à crueldade, mas vou me dedicar à desatenção, dos xerifes e senhores, na comissão da paz. A causa desta aflição é que muitas prisões são escassamente suprimidas, e algumas quase totalmente desprovida das necessidades da vida." (tradução nossa) (HOWARD, 1777, p.6)35

Em tempo de descrédito à religião, Howard em 1773, aos 46 anos de idade, é empossado para o cargo de xerife da cidade de Bedforshire36 na Inglaterra, a partir de então, se empenhou mais assiduamente nos trabalhos carcerários. Muitas foram suas contribuições para o sistema penitenciário e os presos (as), tantas das quais

34 HART, op. cit., p. 52.

35 Some are seen pining under diseases, "sick and in prison"; expiring on the floors, in loathfome cells, of pestilential fevers, and the confluente fmall-pox: Victims, I muft not fay to the cruelty, but I will fay to the inattention, of sheriffs, and gentlemen in the commission of Peace. The cause of this distress, that many prisons are scantily supplied, and fome almost totally unprovided with the necessaries of life. HOWARD, John F.R.S. **The States of the Prisons in England and Wales with: preliminar observations, and an account of some foreign prisons**. Warrington: William Eyeres. 1777. p.7.

36 A mesma cidade da qual John Bunyan ficara preso por 12 anos, na penitenciária de Silver Street.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consolidou-se um legado rudimentar no que diz respeito ao instituto filantrópico e a capelania carcerária.

Dentre essas contribuições, elenca-se as mais notórias, como por exemplo a grande influência que teve na política, pelo fato de ser um perito nas questões prisionais e também pelo seu esforço filantrópico. Howard foi convidado a apresentar suas convicções ante o parlamento diversas vezes, expôs suas observações/conclusões e mais tarde se empenhou num projeto de lei na Câmara dos Comuns do Reino Unido37; que buscava libertar os prisioneiros das responsabilidades que acarretava o pagamento de uma taxa de manutenção do presídio. Certamente "Nas melhores prisões que visitara, Howard se inspirava em modelos que tentavam corrigir à disciplina, em vez de somente confinar. Começando assim a sonhar com prisões que reformassem os indivíduos" (tradução nossa)38. (BECKNER, 2012, p.18). Outra grande contribuição, foi sua luta pela implantação a nível continental de prisões segregadas, que no futuro ganhou caráter jurisdicional.39 Divisão da população interna de delinquentes mais perigosos em detrimento a infratores com menor grau de periculosidade. Em seu livro expõe:

> "Os prisioneiros estão trancados juntos, sem estabelecer qualquer distinção: devedores e malfeitores, homens e mulheres, jovens criminosos novatos e criminosos inveterados. [...] Nesses casos, o infrator menor aprende muito com os infratores depreciados. Existe prisões onde crianças de 12 a 14 anos estão ouvindo atentamente as histórias de aventuras, sucessos, estratagemas e evasões por criminosos de grande experiência e longa história." (tradução nossa) (HOWARD, 1777, p.175).40

A obra publicada em 1777, na Inglaterra, foi a mais insigne de sua carreira, logo fez póstumas adições/revisões nela ao longo de sua vida, e intitulou-a como;

37 Equivale a câmera dos deputados no Brasil, tendo por composição atualmente 650 membros no seu parlamento.

38 The best prisons they visit, Howard were inspired by models who tried the symbol, rather than mere confinement. Thus beginning to dream of prisons that reformed individuals. BECKNER, op. cit., p. 167.

39 FOUCALT. op. cit., p.70.

40 HOWARD, op. cit., p. 175.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

The State of the Prisons in England and Wales (Os estados das Prisões na Inglaterra e em Gales). De fato, esta foi uma das primeiras a explanar, — através de um estudo de campo — as más condições do sistema carcerário nos países; destacando principalmente suas precárias infraestruturas, pouquíssimo saneamento e higiene, escarça alimentação, administração, segurança e a indevida aplicação de punições aos internos. Tanto esta obra como sua própria vida, serviram de base e influência para posteriores pesquisadores e filantropos, que empregaram em suas ações/trabalhos o verdadeiro sentido do valor humano, o mesmo que movia John Howard. Que apesar de ser um cidadão comum, recebeu por mérito grande destaque por parte da sociedade e da política, devido a esses e outros feitos, carregando consigo a autoridade de um capelão solitário.41

Mais tarde, graças a seus esforços, o advento do iluminismo e pensadores, fora possível formular a "reforma penitenciária"42 ocorrida no final do século XVIII, que buscou conferir o sentido humanitário enxergando-o a prisão agora como um instrumento estatal primordial para combates aos problemas sociais. O legado de Howard se estendeu a todo o continente Europeu a América do Norte, dando base para os arquitetos penitenciários formularem os modelos carcerários mais famosos do século XIX. CARO (2013, p.161), pesquisador de prisões, atribui grande honra ao capelão quando expressa; "Los viajes del autor inglés sirven como inspiración para toda una generación de investigadores que, durante las primeras décadas del siglo XIX, realizan viajes para conocer la realidad penitenciaria internacional y aplicarla em sus países."43 O autor Evidencia ainda em seu artigo, a contribuição de Howard em seu país de origem; Chile.

De fato, Howard não só influenciou o teórico de muitos cientistas prisionais mas impulsionou a criação de diversas entidades filantrópicas44 focadas no

41 HART. op. cit., p.7. p. 134.

42 FOUCALT. op. cit., p.70.

43 CARO. Felipe. P. **JOHN HOWARD Y SU INFLUENCIA EN LA REFORMA PENITENCIARIA EUROPEA DE FINALES DEL SIGLO XVIII**. Lejona, Espanha, Número 27, ano 2013. Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. 2013. p.149-168.

44 JAMES, op. cit., p. 193.

melhoramento das condições carcerárias, sobretudo na América do Norte. Entre elas estão sociedades que continuam o trabalho que um dia John Howard empregara.

1.2 O capelão carcerário no Brasil

No âmbito brasileiro, poucos são os relatos a respeito da história de capelães carcerários (individual), ao contrário de expoentes notáveis como na Europa foi John Howard e Elizabeth Fry45. Quando chega em Manaus há pelo menos 1 (um) capelão que se destaca, pelos trabalhos já realizados aos longos dos 36 anos de atividade do Pastor, capelão e Presidente do Conselho de Capelania Evangelica Interdominacional, Nacional e Internacional no Amazonas - CICEI/AM, Paulo Farias, do qual prestou entrevista para que a pesquisa fosse realizada. No Brasil, as empreitadas pastorais na capelania, estão tendo suas maiores realizações nos últimos 30 anos.

> "Os penitenciaristas brasileiros do século XIX estavam afinados com o pensamento europeu dos reformadores que se dedicaram a pensar a questão das prisões e criaram modelos que associavam o cumprimento da pena com a educação moral, o trabalho e a religião. No documento supracitado, aparecem citações que nos revelam a preocupação da casa com assistência religiosa aos presos." (QUIROGA, 2012, p.23)46

Embora estive-se ligado com os ideais europeus, o país no século referido era oficialmente católico, portanto, diferentemente da Europa, uma hegemonia tinha tomado conta do contexto prisional, e isso se perpassou, pelo menos até metade do século XX.

45 Elizabeth Fry (Gurney ; 21 de maio de 1780 - 12 de outubro 1845), foi uma Inglesa reformadora de prisão , reformadora social e, como Quaker , uma cristã filantropa. Ela tem sido muitas vezes referida como o "anjo das prisões". Fry foi a principal força motriz por trás da nova legislação para tornar o tratamento dos prisioneiros mais humano, e ela foi apoiada em seus esforços pela rainha Vitória. Ela foi retratada na nota de 5 libras do Banco da Inglaterra de 2001 a 2016.

46 QUIROGA, Ana Maria, et.al. **Religiões e prisões**. Comunicações do Iser. Rio de Janeiro, Iser, n.61, 2012. p.23.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

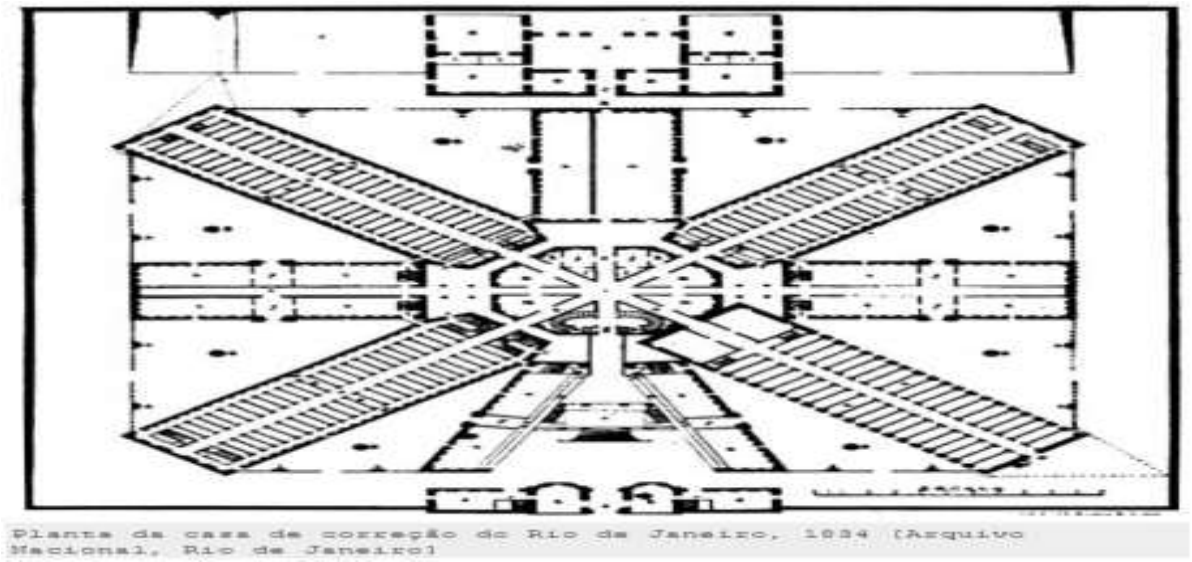


Imagem 2 – Planta da casa de correção do Rio de Janeiro, 1834 (Arquivo Nacional, Rio de Janeiro)

Fonte: https://www.vitruvius.com.br/revistas/read/arquitextos/16.187/5888

A primeira Casa de Correção foi planejada no Rio de Janeiro, criada em 6 de julho de 1850, através do decreto n. 678, da qual fora construída a fim de ser uma prisão modelo do Império de Dom Pedro II. Nela se aplicava a pena de prisão em forma de trabalho, influenciando assim nos hábitos e na moral dos presos tendo desde sua criação, a presença do agente religioso.47 Cultos eram realizados e os atos religiosos como eucaristias eram ministrados, dentre suas principais incumbências os capelães deveriam também; "1º Ajudar o Director na educação moral dos presos, e concorrer quanto em si couber para a sua correcção e reforma. 2º Visitar os presos, exhortando-os ao trabalho, e bom comportamento, ao menos huma vez por semana, e no meio della, alêm do dia de guarda que possa haver."48 E aos presos era disciplinado o seguinte; Art. 148. "Nem na Capella nem fóra della poderão os presos

47 Art. 101. Haverá na Casa de Correcção os seguintes Empregados: 1 Director, que, alêm do que percebe actualmente pela Administração, 1 Capellão 1 1º Medico das Enfermarias da Penitenciaria, Calabouço e Africanos 1 2º Medico 1 Vedor 2 Amanuenses 1 Guarda enfermeiro por 12 presos enfermos 2 Guardas, por 25 condemnados á prisão com trabalho. Decreto nº 678, de 6 de Julho de 1850. *Euzebio de Queiroz Coutinho Mattozo Camara.*

48 Ibid. Art. 109.

recitar orações de maneira que sejão ouvidos."49 Hoje sabe-se que o cenário é totalmente diferente, "é quase impossível entrar em qualquer unidade prisional sem notar a presença dos "crentes" que ali estão procurando distinguir-se como tais, guardando certa distância da "massa carcerária"50. Pois nos últimos 30 anos inflamou-se a necessidade interna dos presídios, de um modo que a assistência religiosa e espiritual foram expandidas e ampliadas ao ponto de alcançar um patamar de importância elevada na condição prisional.

Outro dever que havia expresso no regulamento da Casa de Correção do Rio de Janeiro, perdura-se até os dias de hoje no ofício da capelania, da qual é a instrução não somente religiosa, mas também moral/educacional. No tópico intitulado "a religião dentro do cárcere brasileiro", Cecília citando Araújo, comenta:

> "ensinada por um capelão (padre) vinculado à Igreja Católica, e por ele era ministrada aulas de ensino moral, religioso e regras de civilidade (ARAÚJO, 2009, p.10). Dessa breve perspectiva histórica, depreende-se que a religião no Brasil esteve presente no 40 cumprimento da pena sendo sua veiculação associada com preceitos fundados na educação moral e na Igreja Católica, religião oficial e dominante." (Cecília, 2018, p.39-40)51

Portanto pode-se sintetizar em 3 (três) pontos principais a relação do capelão com Estado e preso, neste primeiro momento; 1. Sua função para com o preso estava em; ministrar os atos religiosos, catequizá-los e ensinar a moral. 2. Sua responsabilidade para com o Estado, está voltada para ajudar o diretor do presídio no que for concorrente52 a fim de se ter uma eficiente administração e harmonização

49 Ibid. Art. 148.

50 Ibidem, p.22.

51 SOUZA, Cecília Nunes. **PENA, RELIGIÃO E MÉTODO APAC: Análise dos aspectos da pena e do retorno da Religião no universo prisional**. Monografia (Monografia em Direito) – UFRS. Porto Alegre, p.39-40.

52 Competência que se exerce simultaneamente sobre a mesma matéria por mais de uma autoridade ou órgão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

entre esse e o preso. 3. E seu compromisso para com a igreja; ser fiel a doutrina de fé da ICAR53.

Diferentemente do início do instituto de assistência religiosa no Brasil, hoje em dia sua maioria é de vertente Evangélica, sobretudo pentecostal e neopentecostal. Os serviços são prestados com excelência, portanto é verificado que os resultados não são melhores por diversos fatores, sendo eles inclusive de caráter administrativos, políticos e sociais.

Não somente os protestantes, mas os capelães; católicos, espíritas, umbandistas, candomblecistas, budistas, entre outros... se esforçam em meios as dificuldades prisionais a prestarem um ótimo serviço, "tendo em comum é um serviço de assistência material prestada por meio de doações de produtos de higiene, entre outras necessidades"54. Em 1978, Oliveira55 já tinha constatado muitos problemas por parte do sistema penitenciário e do Estado, que implicava diretamente no trabalho que os capelães realizavam com presos. Atualmente não é diferente conforme despois a CPI do Sistema Carcerário:

> "Em alguns Estados, foi denunciado o cerceamento das atividades religiosas. Situação injustificável diante da importância das atividades religiosas como meio de amenizar o inferno em que vive a população carcerária. Há necessidade de serem contemplados, de forma obrigatória na arquitetura prisional, espaços para prática de atividades religiosas. No atual ambiente carcerário, as organizações religiosas correm riscos de vida, tendo suas atividades limitadas. A deficiência na assistência social e a limitação às atividades religiosas deixam espaço para

53 Igreja Católica Apostólica Romana.

54 GARUTTI, S.; OLIVEIRA, S. R. C. 2018, p.198

55 OLIVEIRA, Marina Marigo Cardoso de. **A Religião nos Presídios**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978. p.94.

> a barbárie e o domínio do crime organizado no sistema carcerário."56 (CPI, 2009, p.241)

Além de em um número mínimo de prisões não dispor a oportunidade da atividade religiosa para os capelães, em um número quase máximo dos presídios é necessário trabalhar com inúmeras violações do direito dos presos por parte do Estado e sistemas penitenciários, como; falta de assistência material, falta de locais para atividades religiosas, falta de identificação como uniforme dos presos, risco à vida saúde do agente religioso, ausência de outros tipos de assistências (educacional, psicológica, social, médica, jurídica, entre outros...) para melhor restauração do preso, sendo todas estas garantidas por Leis.

Pode-se refletir a situação de um capelão analogicamente como a de um professor com grande experiência na carreira da docência, portador do título de Pós-Doutorado, que tem por objetivo reeducar alunos; ministrando aula para 200 estudantes, de diferentes faixas etárias e graus de conhecimento, egressos e regressos, incluindo estrangeiros, em uma sala de aula pequena para proporção do número de discentes, no tamanho de 5x12 metros, sem os devidos equipamentos necessários para o conforto e dinâmicas, nas piores condições climáticas, sem janela e luz, sem sol, sem ventilação, na escuridão; sendo a mesma situação na sala de aula feminina, com um porém, estando as alunas presentes com suas crianças de colo.

O hipotético professor emprega o máximo de cuidados e esforços possíveis para com os discentes, e os resultados positivos obtidos na reeducação são considerados como verdadeiros "milagres". Doutra forma, se o Estado, responsável por proporcionar não somente a cadeira, mas também a estrutura; reformasse as condições e tentasse sanar os problemas, certamente as aulas surtiriam melhores efeitos na vida do aluno (a).

Esta analogia demonstra a situação dos atuais 97%57 presídios no Brasil. Na grande maioria, não tem funcionários e locais apropriados para atividade, religiosa, esportiva e educacional; a ociosidade toma conta do lugar, e o jargão "mente vazia,

---

56 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p.241.

57 Ibid, p.188.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

oficina do diabo" que é uma probabilidade razoável no lado de fora; vira quase certeira do lado de dentro. Estas situações e outros desafios demonstram o que o capelão brasileiro deve enfrentar. Com muita perseverança e criatividade, alguns usam a música e atividades educacionais para conseguirem transpor as barreiras existentes58.

Não é preciso ser douto, a fim de saber que, mesmo sem os devidos investimentos necessários do Estado nas escolas, hospitais e prisões; alunos, enfermos e presos conseguem ser educados, tratados e restaurados/ressocializados, através dos ingentes esforços de professores, médicos e também capelães.

2. Análise jurídica das competências do capelão

As competências no tópico discorridas são aquelas que de alguma forma implicam no trabalho realizado pelo capelão no presídio. Vale-se neste tópico da hermenêutica aplicada de forma literal em contraste com a vivencia dos capelães no COMPAJ, lembrando-se que enquanto todo capítulo 2 é uma análise legal, o capítulo 3 é uma análise fática.

O dever do capelão é uma responsabilidade para além dos locais e tempos; é observado que em grande parte dos teólogos, os encargos do capelão é uma responsabilidade atribuída de Deus à ele, assim como também no caso do Pastor; por que aquele não deixa de estar pastoreando vidas. Se no plano teológico é entendido que o capelão tem um chamado universal, o âmbito jurídico do direito mundial, positiva da sua forma o enaltecimento sobre a necessidade dos Estados promoverem esta assistências nos presídios.

> "Para este fim, há que recorrer nomeadamente à assistência religiosa nos países em que seja possível, à instrução, à orientação e à formação profissionais, aos métodos de assistência social individual, ao aconselhamento relativo ao emprego, ao desenvolvimento físico e à educação moral, de acordo com as necessidades de cada recluso. Há que ter em conta o passado social e criminal do condenado, as suas capacidades e aptidões físicas e mentais, as suas disposições pessoais, a duração da condenação e as perspectivas da sua

58 COUTO, Vinicius Assis. **A OFICINA DO DIABO E A CASA DO SENHOR: OS EMBATES IDENTITÁRIOS DENTRO DOS PRESÍDIOS**. Dissertação (Dissertação em Ciências da Religião) – UFMG. Belo Horizonte. 2011. p.47.

> reabilitação.” (Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos, 1955)59

Com a ONU atribuindo forças à assistência religiosa prisional, logo os Países a ela associados amparam em suas constituições este instituto, como no caso do Brasil/Amazonas/Manaus.

Resguardada a assistência espiritual no sistema penitenciário, pelo dispositivo do Art. 3º § 11 da Constituição do Estado do Amazonas de 198960, e a assistência religiosa nas entidades civis e militares, pelo Art. 5º, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 198861, assim o capelão carcerário exerce seu ofício legalmente, fornecendo auxílio aos infratores (as), com a finalidade de restauração e ressocialização da vida.

Comparando a Constituição do Estado do Amazonas com a Constituição da República Federativa do Brasil, o legislador da primeira substitui o termo “assistência religiosa” por “assistência espiritual”. Diante disto, 2 (duas) opções hermenêuticas surgem para interpretação do texto. 1. O legislador da primeira quando trocou o termo, substitui-o conscientemente, pensando em adicioná-lo no contexto legislativo para que o caráter religioso-juridiscional ganha-se mais notoriedade jurídica e social no que diz a respeito de assistência religiosa, tendo em vista que não iria contrariar a CFRB, respeitando assim o Art. 24º, inciso I da CFRB62, legislando deste modo concorrentemente com a União sobre o direito penitenciário. 2. O legislador mudou o termo pensando eles serem sinônimos. O fato é que,

---

59 SUIÇA. Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Artigo 66. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

60 ART. 3º. § 11. O sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e a integridade física, psíquica e moral dos presidiários, assegurando-lhes assistência espiritual e jurídica. Constituição Política do Estado do Amazonas. Governo do Estado Amazonas. 2008.

61 ART. 5º. VII – e assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Constituição da República Federativa Brasileira. 1998.

62 Constituição da República Federativa Brasileira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

independentemente de qualquer opção, um capelão fornecer a maioria das vezes as duas assistências mesmo sem necessariamente saber diferenciá-las. No entanto é necessário frisar que etimologicamente seus sentidos são distintos63 e teologicamente são duas áreas de estudo.

Apesar de o direito de auxílio religioso ser garantido pela Carta Magna, é vedado a imposição religiosa por parte do capelão, pois o Estado é primado pelo princípio da laicidade, portanto a ética religiosa do agente prestador do auxílio deve ser testificada e observada em seus trabalhos prisionais, tendo em vista que o carcereiro está privado da liberdade de locomoção e não de religião. Os capelães penitenciários pesquisados disseram que o extremismo religioso não é muito comum, apesar de o contexto dos capelães pentecostal e neo-pentecostal em algumas prisões do Brasil fazerem o proselitismo e o extremismo religioso.

No plano infraconstitucional a lei 9.982/2000, dispõe sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares. Os seus 2 (dois) primeiros artigos64 podem ser interpretados literalmente da seguinte maneira; 1. O primeiro regula o acesso do capelão as unidades prisionais, que somente mediante a concessão da penitenciária pode ser concedido. 2. E o segundo trata sobre o acatamento dos

63 Enquanto espiritualidade é o conjunto de todas as emoções e convicções de natureza não material, com a suposição de que há mais no viver do que pode ser percebido ou plenamente compreendido, remetendo a questões como o significado e sentido da vida, não se limitando a qualquer tipo específico de crença ou prática religiosa. **(WHOQOL Group, apud 1998).** A religião pode ser definida como um sistema de crenças e práticas observados por uma comunidade, apoiado por rituais que reconhecem, idolatram, comunicam-se com, ou aproximam-se do Sagrado, do Divino, de Deus (em culturas ocidentais), ou da Verdade Absoluta da Realidade, ou do nirvana (em culturas orientais). A religião normalmente se baseia em um conjunto de escrituras ou ensinamentos que descrevem o significado e o propósito do mundo, o lugar do indivíduo nele, as responsabilidades dos indivíduos uns com os outros e a natureza da vida após a morte. (Koenig, 2012. p.11). **Relação entre Religião, Espiritualidade e Sentido da Vida.** Logos & Existência Revista da Associação Brasileira de Logoterapia e Análise Existencial, Volume 3, n.2. Paraíba. 2014. p.203-215, 207.

64 Art. 1º. Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais. Art. 2º. Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1º. deverão, em suas atividades acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não pôr em risco as condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional. Brasil. Lei 9982 de 14, jul. de 2000. **Sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades**, Brasília, DF, jul 2000.

capelães em suas atividades a atender as determinações legais bem como as normas internas da instituição penal a fim de não pôr em risco a segurança do ambiente prisional.

Outra lei significante que rege a assistência religiosa, é a Lei de Execução Penal - Lei 7210/84, mais conhecida como LEP. O capelão necessita especialmente atentar ao artigo 24, § 2º,**65** que veda qualquer prática de imposição religiosa por parte tanto do presídio como do capelão.

> "Nada mais natural, que num Estado Democrático de Direito, as várias matrizes tenham a mesma oportunidade de realizar o amparo espiritual. Ainda, dado que a todos é franqueado o filiar-se, ou não, a uma determinada religião, os internos são livres para escolher se e o que querem receber, não lhes podendo ser imposta nenhuma visita assistencial. Tal é a expressão de ser "inviolável a liberdade de consciência e crença" (CRFB/1998, art. 5º, VI) e, como prevê a LEP."**66** (JUNIOR, 2015, p.44)

Sem dúvidas esta é uma competência do capelão ética-teológica e jurídica-democrata, já que a legislação assegura a atuação de diferentes confissões religiosas em igualdades de condições, majoritárias ou minoritárias, vedado o proselitismo religioso e qualquer forma de discriminação ou estigmatização67; Há âmbito internacional, tem como um dos apuros mais relevante, especificamente sobre a prática da não imposição religiosa, o preceito disposicionado na sentença 41, ponto 3, provindo do 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, do qual foi aprovado pela ONU68.

---

65 Art. 24, § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa. Lei 7210/84 | Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984.

66 Junior. A. C. R. S. **Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional.** Rio de Janeiro: Editora Betel. 2015. p.44.

67 RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

68 Sentença 41: 3. O direito de entrar em contacto com um representante qualificado da sua religião nunca deve ser negado a qualquer recluso. Por outro lado, se um recluso se opõe a visita de um representante de uma religião, a sua vontade deve se respeitada. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A diretriz estabelecida pela Resolução Nº 8, de 9 de novembro de 2011 do Ministério da Justiça - Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, implica ao capelão quando este aponta no Inciso II, do Art. 1º, a proibição do proselitismo.69 Valendo deste o capelão deve ser respeitador e ético, tendo a noção da pluralidade religiosa bem como dos conceitos ecumênicos e inter-religiosos.

Logo em seguida no mesmo Artigo, o Inciso VI, diz que o "o conteúdo da prática religiosa deverá ser definido pelo grupo religioso e pelas pessoas presas."70. Surge então uma problemática, até que ponto os presos podem interferir no que o capelão deve ou não ministrar? A sensatez tem que entrar em ação na vida do capelão neste momento, livrando-se ele de ministrar sobre assuntos alheios à realidade ou assuntos intra-congregacionais como arrecadação de dízimo e ofertas, do qual no mesmo dispositivo no Art. 5º da Resolução n. 08/2011 proíbe o "pagamento de contribuições religiosas das pessoas presas às organizações religiosas nos estabelecimentos prisional71.

Entre algumas determinações está a do número de visita semanais, que ora parte por determinação do Estado, ora parte do sistema penitenciário local. Nota-se nas pesquisas que a na maioria das penitenciárias do Brasil o número de visitas é pouco diante a proporcionalidade que deveria ser para um trabalho sólido efetivo de auxílio religioso.

Outro fator importante que atinge direto na qualidade do trabalho do capelão é descrito no Art. 3º da Resoulção Nº 08, de 2011, que diz: "Será assegurado o ingresso dos representantes religiosos a todos os espaços de permanência das

em www.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de direitos-humanos-e-politica-externo/RegMinTratRec.html. Acesso em 29 ago. 2019.

69 II-será assegurada a atuação de diferentes confissões religiosas em igualdades de condições, majoritárias ou minoritárias, vedado o proselitismo religioso e qualquer forma de discriminação ou estigmatização;. RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

70 Ibidem.

71 Ibidem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pessoas presas do estabelecimento prisional"72. O legislador quis assegurar que o auxílio prestado, todos os presos pudessem receber, sem distinção de nenhum.

O parágrafo 273 do mesmo artigo garante que será vedada a revista íntima aos representantes religiosos. Está lei é incongruente com a necessidade iminente de revista no presídio do COMPAJ, até mesmo aos capelães, pois fora relatado que antes de 2019, haviam pastores que entravam com objetos para comercialização como por exemplo chips de celulares.

O Art. 5º da mesma lei veda qualquer "comercialização de itens religiosos ou pagamento de contribuições religiosas das pessoas presas às organizações religiosas nos estabelecimentos prisionais"74. O caráter do capelão sobre este artigo deverá ser de igual acordo, do ao contrário o capelão estará desvirtuando o objetivo da restauração de vida e ressocialização, tendo em vista que comércio não produz efeito nenhum na vida do preso para estes objetivos.

Já o Art. 7º inciso I dispõe que o capelão deve "Agir de forma cooperativa com as demais denominações religiosas;"75 para que se possa agir desta forma não é necessário levar em consideração que a união pode gerar melhores efeitos do que se agindo sozinho, porém o que acontece muitas das vezes, é semelhante ao que acontece entre as denominações fora do presídio, uma briga de bandeiras e dissenções por causa de dogmas e doutrinas, impedindo assim com que não trabalhassem juntas. O inciso IV76 do mesmo Artigo diz; - que o capelão deve "Comunicar a administração do estabelecimento prisional sobre propostas de ampliação dos trabalhos de assistência humanitária, como oficinas de trabalho, escolarização e atividades culturais, bem como atuar de maneira cooperativa com os

72 RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

73 § 2º. Será vedada a revista íntima aos representantes religiosos. Ibidem.

74 Ibidem.

75 Ibidem.

76 Ibidem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

programas já existentes"77. Isto implica em uma medida de segurança e cooperatividade.

O Art. 9º da mesma lei dispõe que - A prática religiosa deverá ser feita por representantes religiosos qualificados, maiores de 18 anos e residentes no país, devidamente credenciados pelas organizações cadastradas.78 Este artigo em combinação com outros é uma tentativa de estabelecer um perfil de capelão com o mínimo de boas regras para que este exerça a sua função.

A assistência religiosa individualizada é outro fator importante para a consolidação do recém convertido. Antonio Carlos acentua que;

> "Essa precisa ser uma frente de trabalho da capelania prisional, pois permite ao preso um apoio espiritual particularizado. Cabe aos agentes religiosos, pois, buscar com as direções de unidades prisionais a garantia de que a assistência também possa ocorrer desta forma." (JUNIOR, 2015, p.76)79

Resguardado pelo Artigo 4º80 da mesma lei, esta competência será respectivamente verificada em ordem de citação no capítulo 3 assim como as outras. Todas são necessárias de serem atendidas pelos capelães carcerários, para que assim os dois objetivos maiores sejam alcançados; 1. A restauração da vida e 2 a ressocialização da mesma.

2.1 Análise teológica da competência do capelão.

O profissionalismo do capelão não pode ser assumido nem garantido em virtude de uma nomeação de uma posição; nem pode ser derivado apenas da preparação acadêmica. Ser chamado de capelão não torna um, e a educação por si só não equivale a competência profissional. O profissionalismo é funcional a entrega

77 RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

78 Ibidem.

79 Junior. A. C. R. S. **Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional.** Rio de Janeiro: Editora Betel. 2015. p.76.

80 Art. 4º - A administração prisional deverá garantir meios para que se realize a entrevista pessoal privada da pessoa presa com um representante religioso. op. cit., p66.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consistente de um conjunto de tarefas apropriadas com excelência. A prática correcional deve desenvolver medidas avaliativas que sejam complementares à ampla variedade de tarefas que o trabalho acarreta, e a confidencialidade nas credenciais (o que alguém traz para o trabalho) deve render resultados de desempenho (com que eficácia funciona).

> "Deus, de acordo com a sua vontade específica, ou seu querer, capacita e usa de maneira especial cada servo. Isso se aplica também ao capelão, que é um servo separado por Deus para uma missão definida." (ALVES, 2017, p.220)81

Apesar de não ser um requisito obrigatório o ensino superior, é proveitoso que os capelães tenham cursos na área de capelania, e se atualizem com informações e conhecimento daquilo que os cercam. No meio evangélico brasileiro e teológico doutrinal, a concepção que a religião e o capelão tem sobre o seu ofício diante dos confinados/infratores, são as mesmas dos pastores. Que é a de ser "vocacionado, capacitado e comissionado por Deus."82

Surgem-se problemas, quando o capelão por pensar que é um "agente divino", alega não precisar de: se atualizar com literaturas e cursos pertinente a capelania; estar envolvido com outros conhecimentos científicos; negligenciar a ética, a moral e um padrão de comportamento que obedeça as leis vigentes de seu Estado; não observar orientações de diretores de presídios; seus superiores e de outros casos semelhantes; não tomar cuidado ao começar um trabalho de tratamento e não; justificando-se de que Deus está no controle. E por estas causas os problemas se desdobram como a inobservância de: os número de visitas semanais; evangelização e proselitismo; dízimos e ofertas; horários; entre outros...

Desta forma, a concepção teológica fundamental cristã de que o capelão foi; chamado por Deus para uma missão nobre e justa. Não deve descartar os princípios gerais que envolvem a capelania como; Servir a necessidade do próximo, por amor a Cristo e respeito as instituições/sociedade que conferem e confiam no seu exercício de capelania; respeitando a liberdade religiosa e à iniciativa de comprometimento cooperacional; levando em consideração os desafios de reabilitação de cada infrato;

81 ALVES. Gisleno G. F. **Manual do Capelão: Teoria e Prática**. São Paulo: Hagnos, 2017. p.19.

82 Id., 2000, p.33.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tendo em vista seus traumas psico-fisiológicos; observar a doutrina mas também as orientações psicológicas na aplicação de suas ações.

Devido os problemas existentes nos sistemas prisionais brasileiros e na sociedade em relação as drogas, é necessário que o empenho do capelão em ajudar os infratores em sua caminhada cristã, esteja subsidiada não somente com o teórico teológico, mas também com a assessoria de outros ramos científicos; sociologia, direito, antropologia, psicologia e todos os demais saberes. A competência de cuidar da mensagem, é importante pois implica na restauração e reabilitação do preso. Por isso ser uma verdade, há questões que, também por serem recorrentes na prática da assistência religiosa prisional, devem ser levadas em consideração quando você for preparar a mensagem que ministrará aqueles que estão encarcerados. Para isto é necessário que o capelão conheça os detentos pois assim saberá o tipo de mensagem mas cabível para aplicação pessoal de cada um ou grupo.

2.2 Análise jurídica das competências do Estado e prisão

Há âmbito internacional o Conselho da Europa recomenda aos governos dos Estados membros a devida atenção para os assistentes sociais que trabalham nos estabelecimentos penais e que colaboram na política social do Estado [Recomendação nº R (85) 9 (21.5.1985)], que se elabore o estatuto do colaborador voluntário e que se facilite ao preso a prática de sua religião [Recomendação 914 (1981)]. A ONU em seu Artigo 59. No Documento Regras de Nelson Mandela alerta; Nesta perspectiva, o regime penitenciário deve fazer apelo a todos os meios terapêuticos, educativos, morais, espirituais e outros e a todos os meios de assistência de que pode dispor, procurando aplicá-los segundo as necessidades do tratamento individual dos delinquentes.83 Muitas das vezes é percebido à âmbito brasileiro que o capelão é o xerife dos assistentes, pelo fato de na prisão ter uma constante presença, em contraste com a pouca de outros ramos das ciências.

Quando o Estado cumpre com suas obrigações taxadas nas leis e diretrizes, tanto internacionais quanto federais e assim por diante. O trabalho do capelão se efetua de maneira mais precisa, doutra forma, quando não, o capelão tem problemas para implantar o seu projeto de ressocialização.

83 ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos; (Regras Nelson Mandela). Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes. Genebra: 1955. p. 19.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

I - material;

II - à saúde;

III -jurídica;

IV - educacional;

V - social;

VI - religiosa.84

Vale ressaltar que a assistência material consiste em alimentação, vestuário e instalações higiênicas. É relatado na CPI do sistema carcerário de 2011, que na maioria dos presídios do Brasil que até atendem o fornecimento das assistências, porém quase sempre a demanda é muito para pouco oferecimento de serviço. Fazendo um link com o Art. 11º da Resolução 08/2011 que declara; "A administração penitenciária considerará as necessidades religiosas na organização do cotidiano dos estabelecimentos prisionais, buscando adaptar aspectos alimentares, de higiene, de horários, de corte de cabelo e de barba, entre outros."85 O dispositivo supracitado ganha força jurisdicional para direito do preso e dever do Estado. Apesar de a lei não tratar, subtende-se que se o presidiário tem a integridade física preservada pelo estado os agentes também devem ter.

O Art. 2º § 3º da Resolução 08/2011 CNPCP expõe: Caso o estabelecimento prisional não tenha local adequado para a prática religiosa, as atividades deverão se

84 **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.**

85 RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

realizar no pátio ou nas celas, em horários específicos.86 Ao contrário de Leis mortas, esta contempla o contexto das prisões estatais brasileiras; é como se o legislador a partir do constato da realidade prisional brasileira (pois os presídios em sua maioria não disponibilizam local para fins de atividade religiosa), escreve-se objetivamente esta lei visando o respaldo que o capelão teria quanto ao emprego do seu ofício no sistema prisional

A Lei nº 13.167/15, altera o disposto no art. 84 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, e estabelece critérios para a separação de presos nos estabelecimentos penais. Isto ajuda o trabalho de capelania pois assim o capelão pode ter uma melhor visualização dos problemas individuais e coletivos, direcionando tratamentos diferentes a medida das diferenças pessoais de cada grupo de presos. Outra ilicitude Estatal parecida é juntar presos com crimes do foro cível junto ao do criminal.

A Lei nº 2711 de 28/12/2001, que dispõe sobre o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. Em seu artigo XV tem por objetivo; "promover a assistência ao condenado, objetivando a reeducação social e reintegração à comunidade por meio de formação profissional, colocação empregatícia, habitação, transporte, saúde, educação, atendimento jurídico, psicológico, material e religioso"87. Observa-se uma gama de instrumentos para reintegração, que nos presídios brasileiros quase nunca trabalham juntos. Ao tempo que, quando trabalham os resultados são positivos na vida do preso que voltará à sociedade.

No seu § 11, normatiza que; O sistema penitenciário estadual garantirá a dignidade e a integridade física, psíquica e moral dos presidiários, assegurando-lhes assistência espiritual e jurídica, aprendizado profissionalizante, trabalho produtivo e remunerado, além de acesso à informação sobre os fatos ocorrentes fora do ambiente carcerário, bem como aos dados relativos à execução das respectivas penas.88 Este dispositivo é também pesquisado para análise no capítulo 3.2 e 3.3.

86 Ibidem.

87 LEI Nº 2711 de 28/12/2001 DISPÕE sobre o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. (Reproduzida no D.Of. nº 29.852, de 26.03.02).

88 Ibidem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para findar não todas mais as principais competências jurídicas estatais-administrativas, é de suma importância considerar estes 6 (seis) artigos elencados, ambos oriundos do Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. (Reproduzida no D.Of. nº 29.852, de 26.03.02) que são eles; o Art. 4º; As normas de conduta e o sistema disciplinar vigente deverão ser informados ao preso ou internado quando de seu ingresso no estabelecimento. O Art. 39º; A administração do estabelecimento fornecerá água potável, alimentação e vestuário aos presos ou internados. O Art. 47º ; Nenhum preso deverá desempenhar função ou tarefa disciplinar ou administrativa no estabelecimento, por disciplina. Art. 53º; Em caso de falecimento, doenças acidentes graves, ou a transferencia, o diretor informara ao conjuge ou parente proximo. Art. 57º que trata sobre visita, dias e horários próprios, bem como o Art. 62º; que trata sobre a visita íntima.

Todos foram analisados segundo as perspectivas dos capelães entrevistados, atribuídos a eles notas e valores, que servirão como medidores do resultado positivo ou negativo do atendimento Estatal em relação aos institutos.

3. A prisão e os presos (as) em Manaus; O Complexo Penitenciário Anísio Jobim

Com a planta e arquitetura semelhante a primeira prisão de 1850 no Rio de Janeiro, no Estado do Amazonas a primeira prisão surgiu em 19.03.1907, na gestão do governador Constantino Nery, instituída pela Lei nº 524, de 18 de outubro de 1906, localizada no Centro de Manaus, com capacidade para 104 presidiários. Denominada no governo de Gilberto Mestrinho para Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Imagem 3 – Cadeia Pública Desembargador Raimundo Vidal Pessoa

Fonte: metropoles.com

A cadeia por recomendação do Conselho Nacional de Justiça foi inativada oficialmente em outubro de 2016 (por motivos principalmente de falta de estrutura), sendo reativada novamente para conter presos sob ameaças de outros infratores em outros presídios. E após o ocorrido desativada novamente em 12 de Maio de 201789, quando transferiu seus 162 presos para o Centro de Detenção Provisória Masculino 2 (CDPM 2), localizado ao lado do COMPAJ, que é dividido por um muro.

Imagem 4 – Complexo Penitenciário Anísio Jobim e Centro de Detenção Provisória Masculino II

Fonte: Software GoogleEarth

O COMPAJ, é o maior presídio do Amazonas, e está localizado na Rodovia BR 174 – Km 8 s/nº, Cidade de Manaus, bairro Caracaraí, regime fechado, com capacidade para 450 segundo a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária

89 O Governo do Amazonas em nota oficial informou que o antigo local da primeira prisão do Estado após restauro estrutural, será utilizado para abrigar o Centro de Cultura Popular, que oferecerá oficinas e cursos de capacitação para a produção de artesanato, apresentações culturais e exposições.

- SEAP90, mas alocados 1119 segundo Conselho Nacional de Justiça – CNJ,91 equivalente a 21% dos presidiários totais no Amazonas.

Inaugurada em 1982, a Colônia Agrícola "Anísio Jobim" antiga CAIAJ, foi criada pensada para preencher uma brecha que há muito o Estado do Amazonas vivenciava, a falta da possibilidade de recolhimento de apenados em estabelecimentos agrícolas. Antes dele exista unicamente a Penitenciaria "Desembargador Raimundo Vidal Pessoa", que servia de cadeia e penitenciaria concomitantemente, sem nenhum critério de classificação ou de individualização da pena.

Imagem 5 – Foto da Entrada Principal do Complexo Penitenciário Anísio Jobim
Fonte: Portal da Amazônia

A Colônia Agrícola e, mais tarde Complexo Penitenciário "Anísio Jobim" do qual recebera o nome de Manoel Anísio Jobim, juiz e desembargador do Amazonas em 6 de junho de 1942. Como Colônia Agrícola veio sob o esteio da primitiva parte

90 **Complexo Penitenciário Anísio Jobim**, SEAP/AMAZONAS, Manaus, s/dia, s/mês de 2019. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/complexo-penitenciario-anisio-jobim/> Acesso em: 04 de out. de 2019.

91 COUTO, Marlen. **Superlotação em presídios do Amazonas cresceu 76% desde massacre de 2017**, O GLOBO BRASIL, Manaus, 29 maio de 2019. Disponível em: G1. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/superlotacao-em-presidios-do-amazonas-cresceu-76-desde-massacre-de-2017-23700512>. Acesso em: 04 de out. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

geral do Código Penal de 1940, servindo para terceira fase do cumprimento da pena de reclusão, sendo a primeira fase o isolamento total, a segunda de trabalho durante o dia, e a terceira de cumprimento da pena em colônia penal, na forma do art. 30, daquela legislação. Promulgada a nova parte geral, Lei 7.209, de 11 de julho de 1984, estabelecidos claramente os três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, à Colônia Agrícola reservou-se a segunda fase da execução, isto é, o regime semiaberto.

"Mas somente a existência de um local para o cumprimento da pena em regime semiaberto, como é óbvio, não fazia nosso sistema penitenciário completo, tendo em vista que os presos do regime fechado continuavam misturados com os presos provisórios na "penitenciária" da avenida 7 de setembro. Era o primeiro momento da idéia de transformar a Colônia Agrícola em Complexo Penitenciário, o que só veio a acontecer em setembro de 1999, sob administração do governador Amazonino Mendes, o qual encontrou um princípio de construção em ruínas e retomou as obras para, dentro da área da Colônia Agrícola, fazer um edifício com as características de estabelecimento de regime fechado, nascendo assim o Complexo Penitenciário Anísio Jobim".92 (SEAP, 2019)

Para além do modelo estrutural de prisão Europeu de Jeremy Bethan, a prisão brasileira e amazonense é diferenciada pois ao invés de a arquitetura/administração dificultar o contato de certos grupos criminosos com outros dentro da prisão e até mesmo fora, de maneira oposta este facilita pela corrupção por parte dos Agentes Públicos e privados93, favorecendo assim inclusive para o corrimento das rebeliões supracitadas e também as fugas ocorridas na última década; a primeira com número de 42 (quarenta e dois) presos por um túnel em 201394 e a segunda em 2017, conjuntamente com o Instituto Penal Antônio Trindade (IPAT), no dia 1º de janeiro

92 **Complexo Penitenciário Anísio Jobim**, SEAP/AMAZONAS, Manaus, s/dia, s/mês de 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/sistema-penitenciario-manaus-am/documentos/outros-documentos/unidades-prisionais-estado-do-amazonas>. Acesso em: 04 de out. de 2019.

93 BARROS. Ana Maria. **FÉ, POLÍTICA E PRISÃO, PASTORAL CARCERÁRIA E ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL – UM ESTUDO NA PENITENCIÁRIA JUIZ PLACIDO DE SOUZA EM CARUARU-PE, de 1996 a 2002**. 2007. Tese de Doutorado – Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

94 Raimundo de Holanda Farias. **Sol, a mulher que comandou fuga de 42 detentos do Compaj é presa durante assalto**. Portal do Holanda, Manaus, 21 de março de 2013. Disponível em: <https://www.portaldoholanda.com.br/amazonas/sol-mulher-que-comandou-fuga-de-42-detentos-do-compaj-e-presa-durante-assalto>. Acesso em: 20 de out. de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

com número de 225 (duzentos e vinte cinco) presidiários95 sendo 106 do Instituto Trindade e 119 do COMPAJ, restando ainda 68 a serem recapturados.

Ao todo o COMPAJ conta 5 pavilhões e em média 65 celas; 3 são as facções96 que configuram as bandeiras dos infratores; Família do Norte – FDN, originária de Manaus; Comando Vermelho – C.V. originária do Rio de Janeiro e o Primeiro Comando da Capital, – PCC, originária de São Paulo. Sendo as duas primeiras unidas contra o PCC. Ao analisar, em comparação a cerca de 20 anos atrás observa-se que a amplitude de articulação criminosa migrou para Manaus/Amazonas, devido algumas características óbvias e outras específicas; sendo 4 (quatro) de 8 (oito) elencadas no estudo de Lidiany Campos e Nivaldo dos Santos97, entre elas estão; 1. processo de urbanização descontrolado, facilitando o alojamento do tráfico; 2. acesso as fronteiras facilitadas permitindo relações criminais internacionais em razão do débil poder fiscalizatório; 3. Alto poder de corrupção nas esferas dos poderes Constitucionais, principalmente sendo alguns de cargos de natureza eletiva apoiados e suscitados graças ao poderio de influência das facções; 4. mínima intimidação diante dos poderes e das leis vigentes e ocupação no lugar do Estado nas comunidades no que diz a respeito as lacunas sociais por este deixadas.

Apesar de o fenômeno (de atuação de diversas facções ao mesmo tempo em diferentes áreas pelo domínio principalmente do tráfico de drogas98 sobretudo a

95 G1. Presidiário foragido desde fuga em massa do Compaj é recapturado em Manaus após denúncias de roubos. G1, Manaus, 09 de novembro de 2011. Disponível em: <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/presidiario-foragido-desde-fuga-em-massa-do-compaj-e-recapturado-em-manaus-apos-denuncias-de-roubos.ghtml.> Acesso em: 20 de out. de 2019.

96 MAISONNAVE. Fabiano. **Rota de cocaína peruana atrai facções à Amazônia e gera um lucro bilionário.** Amazônia notícia e informação, Manaus, 13 de Janeiro de 2017. <https://amazonia.org.br/2017/01/rota-da-cocaina-peruana-atrai-faccoes-a-amazonia-e-gera-um-lucro-bilionario/.> Acesso em: 11 de nov. de 2019.

97 CAMPOS, Lidiany M., SANTOS, Nivaldo. **O Crime Organizado e as prisões no Brasil**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Goiás, 2004.

98 1 em cada 3 presos do país responde por tráfico de drogas. <https://notoriumjuridico.jusbrasil.com.br/noticias/425838600/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas>. Acesso em 11, de nov. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cocaína) ocorrer em todas as capitais brasileiras, este obtém grande proporção em Manaus comparando com outras cidades-capitais.

No contexto Amazonense, a maioria dos presidiários não trabalham nem estudam estes são outros desafios que o capelão carcerário deve enfrentar nos presídios do Amazonas em geral, a porcentagem é de 7,5% os que trabalham e 3,8% os que estudam, conforme aponta infográfico;

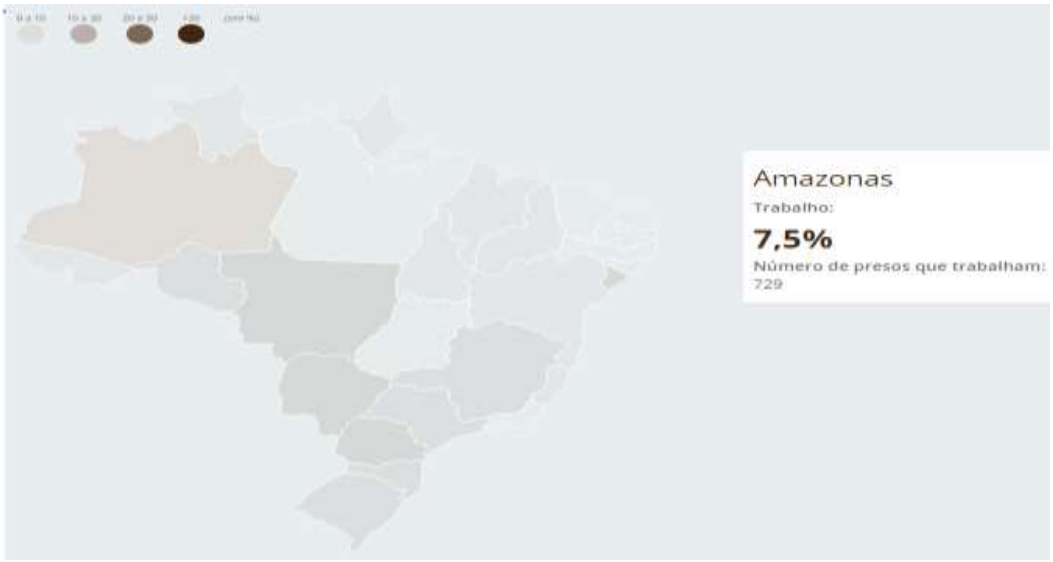


Gráfico 1 – Infográfico; número de presos que trabalham

Fonte: http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

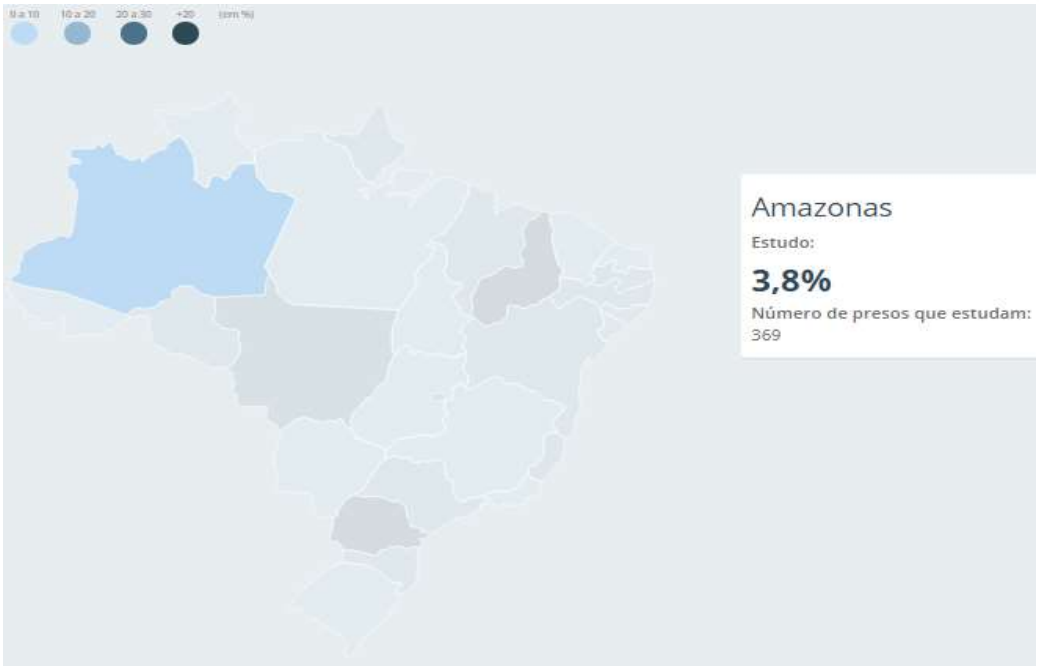


Gráfico 2 – Infográfico; Números de presos que estudam.

Fonte: http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/

Na realidade a maioria dos internos se caracterizam como jovens. As atividades religiosas no interior do COMPAJ, oferecem possibilidade ocupacional aos presos num local onde há condições ruins de estudo e quase nenhuma de trabalho.

Em contrapartida com base no Plano Estadual de Educação do Amazonas – PEE AM c/c DECRETO 7.626/2011, do qual Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional, o sistema carcerário do COMPAJ criou a Escola Giovanni Figliuolo**,** da qual se localiza no próprio COMPAJ, mas disponibiliza as matrículas para todos os presídios de Manaus. Contando com 9 salas de aulas divididos nos regimes fechado masculino e feminino, semiaberto masculino, com mais de 5mil livros em sua biblioteca, com oferta de educação para 289 presos, em 2014, atendendo a demanda de 34,77%99 presos na alfabetização, ensino fundamental e médio, recebidos por aproximados 26 (vinte e seis) professores,

99 GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS. PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO NAS PRISÇOES. MANAUS. 2015

disposicionados pela Secretaria de Estado e Cultura (SEDUC), e realizando prova do ENEM, atendendo assim, parte do que cobra os institutos citados.100

A respeito da atividade trabalhista no COMPAJ, Alice Prado, pesquisou o contexto educacional e trabalhista com os internos da penitenciária, e expôs:

> "No caso de Manaus, especificamente no COMPAJ, havia uma horta para realização de trabalho semelhante. Contudo – por descaso dos gestores do presídio e por conta dos motins ou por conta das fugas dos presos – a direção da unidades e desestimulou com o desenvolvimento dessas atividades e extinguiu o cultivo da horta. Sem ocupação alguma, muitos permanecem ociosos nos corredores da unidade e voltam para a cela à noite sem nenhuma instrução que o beneficie na ocasião do retorno à liberdade."101 (PRADO, 2015, p. 62-63)

Sabendo que o desemprego é um dos fatores para o impulso à criminalidade é necessário que a inclusão de projetos que envolvam os presos no aprendizado técnico-profissional para suas formações. O assunto é analisado prioristicamente no tópico intitulado "Análise de competências do Estado", desta pesquisa.

3.1 O capelão carcerário do Centro Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ, nas observações de suas competências.

Enquanto o ponto 3.1 se refere mais ao perfil do capelão em si e um pouco de sua atuação, o ponto 3.2 trata apenas da atuação do mesmo em meio aos problemas gerados pelo Estado/Administração penitenciária, deixando o 3.3 para a análise equitativa do capelão e Estado juntos em cumprimento ou não de suas competências.

100 "Art. 2º O PEESP contemplará a educação básica na modalidade de educação de jovens e adultos, a educação profissional e tecnológica, e a educação superior. " BRASIL. DECRETO 7.626, de 24 de novembro de 2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Brasília.

101 PRADO, Alice Silva. **EDUCAÇÃO NAS PRISÕES: DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO ENSINO PRATICADO NAS UNIDADES PRISIONAIS DE MANAUS**. Dissertação (Dissertação em Sociologia) – UFAM. Manaus. 2015. p. 62-63.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao todo são 3 (três) os capelães ativos nos últimos 9 anos no COMPAJ, porém 1 (um) não quis responder a pesquisa, portanto 2 (dois) é o número de participantes da pesquisa que equivale a 66,6% da totalidade, para perguntas que necessitam das respostas dos 3 (três). Considera-se assim 33,3% a margem de erro, tanto para mais quanto para menos atribuído na média de cada medidor de pergunta.

O capelão mais antigo afirmou não existir trabalho sério de capelania antes de 1986 no COMPAJ, patenteando assim ser o pioneiro nesta área no COMPAJ. Disse ainda que no máximo haviam grupos de evangelismos sem registros. Já o capelão mais recente entrevistado ratificou dizendo que os trabalhos mais antigos que se tem conhecimento de capelania é do primeiro capelão entrevistado o Pastor Paulo Farias. Acrescentou ainda o segundo capelão que nunca "parou para conversar e não o conhece muito".

Os capelães das prisões são, em geral, regulares sobre o sistema correcional. As avaliações dos esforços de reabilitação e reentrada são menos positivas, no entanto, consideram esses esforços apenas justos ou ruins. Os capelães entrevistados consideram que esses programas relacionados à religião estão prosperando no momento, tanto em termos de uso quanto de qualidade, porém que não foi assim antes de janeiro de 2017, data em qual houve a segunda maior rebelião do Brasil no COMPAJ, a mudança de governo executivo federal e estadual em janeiro de 2019, e a mudança da empresa terceirizada responsável pela administração interna. Thomas Beckner102, pesquisando o capelão norte americano, declara que são 8 os principais parâmetros individuais que difere o perfil do capelães, dentre estes, 6 se enquadram no contexto manauara, dos quais estão relacionado na tabela abaixo, que são;

Tabela 2 – Profile Perfil.

Nome:	Tempo de atuação	Posição teológica formada	Denominação	Tipo de Trabalho	Tempo de trabalho antes da penitenciária junto a igreja	Qualificação de cursos
Paulo Farias	34 Anos	Sim	Assembleia de Deus – IEADAM	Voluntário	15 anos	Tem

102 BECKNER, Thomas W. **Correctional Chaplains: Keepers of the Cloack.** [S.l.]: Capella Press, 2012. p.58.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Rogério Evangelista	9 Anos	Sim	Primeira Igreja Presbiteriana do Amazonas – PIB-AM	Voluntário	4 anos	Tem
Não quis responder	-	-	-	-	-	-

Fonte: Elaborada pelo autor.

Ambos alegam que são "chamados/vocacionados por Deus" para esta missão, pois acreditam que todo capelão deve antes de atender os requisitos legais para ser um capelão carcerário é necessário ter a vocação divina. Atendendo assim a competência teológica, conforme apontada no capítulo 2.1 desta pesquisa.

Os capelães entrevistados são detentores de diversos cursos de capelania, e todos com mais de 10 anos de trabalho religiosos em suas respectivas denominações antes de ingressarem no sistema penitenciário; já nos presídios a média de trabalho dos capelães entrevistados é de 21 anos e 6 meses; todos palestram e oferecem cursos para a sociedade dentro e fora dos presídios, participando de reuniões junto à Secretaria de Justiça e Cidadania – SEJUSC, e Secretaria de Administração Penitenciária – SEAP. Os capelães são todos voluntários indicando que mantêm pontos de vista teologicamente conservadores quando se trata de sua religião. E todos dizem que suas visões sociais e políticas também são conservadoras. Nenhum tem vínculo com o Estado. O desvio de função é comum por parte do Estado até mesmo com os capelães. Os capelães ainda servem em uma ampla variedade de ambientes. Todos trabalham em mais de 4 unidades penitenciárias, dividindo seus tempos em várias instalações. No COMPAJ alegam ter contato com todos os tipos de presos. Os capelães são naturais do Amazonas, visitam pelo menos 1 vez na semana o COMPAJ.

Entre outros desafios, ambos capelães dizem que o trabalho central é; serviço de adoração pessoalmente liderados, instrução religiosa e sessões de aconselhamento espiritual. Segundamente os 2 capelães disseram também dizem que administram ou organizam programas religiosos. Atualmente no COMPAJ todos os capelães são qualificados para seus exercícios, mas antes o processo de escolhe do agente religioso era feito por afinidade segundo relatado pela pesquisa. Ainda,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

os capelães não se negam a realizar e proporcionar cursos para os capelães e também agentes do Estado e da sociedade que desejam aprender mais sobre a capelania carcerária. Pelo fato de na região do Amazonas existir apenas 1 (uma faculdade teológica reconhecida pelo MEC) a partir de 2005, muitos capelães que atuam hoje no cenário carcerário em Manaus, não tiveram a oportunidade de graduar-se no ensino superior, todavia, as igrejas em suas ações realizam o provimento de capacitar os capelães com cursos profundos e consolidados. Pela lei, não se exige formação superior para tornar-se capelão pelo principal motivo de escolha ser a experiência campal, voluntariedade e afinidade.

Os capelães dizem que consideram o apoio de grupos religiosos depois que os presos são libertados da prisão como sendo absolutamente críticos para a bem-sucedida reabilitação e reinserção na sociedade. Entre os capelães que trabalham em prisões que possuem programas de reabilitação ou reinserção relacionados à religião. O principal trabalho dos capelães é; 1. administrar programas religiosos, 2. trabalhar com organizações religiosas e comunitárias externas e 3. liderar pessoalmente cultos, instruções religiosas ou aconselhamento espiritual. Porém a outros trabalhos que não são principais mais a maioria dos capelães fazem como; orienta a equipe correcional sobre questões religiosas e políticas relacionadas; supervisiona ou treina voluntários; prestar apoio e aconselhamento aos funcionários penitenciários; supervisiona os internos para ajudar a manter a segurança e facilitar o diálogo inter-religioso entre os internos ou funcionários.

Muitas prisões estaduais fazem uso extensivo de voluntários de casas de culto ou outras organizações religiosas para ajudar a atender às necessidades espirituais dos reclusos. Os capelães entrevistados do COMPAJ disseram que são necessários mais voluntários, mas também alegam que os capelães não se ajudam como deveriam, por questões na maioria das vezes denominacionais e puro egoísmo. Foi observado que no COMPAJ novamente, que antes (da rebelião de 2019, mudança de governo executivo federal e estadual, e mudança de administração terceirizada) alguns capelães e grupos evangelistas não atendiam as normas internas, porém agora no momento não se procede mais assim. Um capelão relatou não ter sua vida em risco, tendo ele respeito pela maioria dos detentos pois estes reconhecem na medida do possível seus trabalhos. Já o segundo afirmou que por causa dos agentes penitenciários não oferecerem um devido segurança aos ministros religiosos, estes correm riscos de vida todas as vezes que adentram no sistema penitenciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Foi observado pelos entrevistados que a petição de dízimo e ofertas não acontece isso por parte dos capelães, mas já houve casos da venda de propósitos, do qual a família do detento deveria repassar dinheiro ao pastor, isto foi informado por um dos capelães entrevistado mas este afirmou que foi antes da rebelião de 1º de janeiro de 2019, mudança de governo executivo federal e estadual, e mudança de administração terceirizada, e que estes casos foram deflagrados não por parte dos capelães e sim pastores. Também segundo entrevista; os atuais capelães cumprem o não praticar comércio, porém foi alegado que não era raro haver antes da rebelião este tipo de comercialização, mas de 1º de janeiro de 2019 para frente, não se teve mais este tipo de conduta.

O capelão carcerário tem que lidar com uma maioria de presos, que um dia já foram evangélicos, sendo 6 de cada 10 presos que já foram de algum seguimento religioso cristão, talvez pelo fato de +75% da população serem cristãos em Manaus.103 Antes da rebelião de 2019, mudança de governo executivo federal e estadual, e mudança de administração terceirizada, fora constatado que pelo fato de muitos terem divergências denominacionais e de logísticas estes não se ajudavam, hoje o contato está mais dificultado ainda pelo fato do horário de um grupo de capelania não ser o mesmo de outro, impossibilitando assim ter qualquer contato, prejudicando na comunicação dos pares de trabalho para uma melhor união de forças em prol do objetivo almejado por todos.

A maioria dos capelães tem contato com os presos que são envolvidos em tráfico de drogas consequentemente esta maioria também são usuários, portanto é necessário que os capelães saibam lidar com dependentes químicos e ex-dependentes químicos. Quando perguntado sobre o sistema correcional, responderam que antes da rebelião de 2019, mudança de governo executivo federal e estadual, e mudança da administração terceirizada, era muito bagunçado a situação respeito de tudo, mas que hoje estão vendo melhoras a respeito de tudo também, mesmo que em algumas áreas pouca seja o progresso, mas está ocorrendo, afirmam.

Os capelães alegam serem vítimas da solidão; afirmando que a voluntariedade por parte de outros para ajudar na capelania é pouca. Os dois capelães entrevistados, dizem que consideram o acesso a programas relacionados à religião na prisão como "absolutamente crítico" para a reabilitação bem-sucedida dos reclusos. O mesmo

103 IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/manaus/panorama>. Acesso em: 11 de nov. de 2019

local da visita é onde ocorre o atendimento religioso, quando em maior número os presos para cultuarem, o trabalho é realizado na quadra não coberta.

Dos capelães penitenciários estaduais pesquisados afirma que o extremismo religioso não é muito comum e voltam a dizer que existem demandas religiosas para os quais são necessários mais voluntários. Afirmaram que em contra-partida programas seculares na prisão do COMPAJ, aumentou nos últimos ano. Sobre a questão do batismo ouve discordância por parte dos capelães, o primeiro afirmou ser extremamente necessário enquanto o segundo não. O batismo é realizado com frequência baixa no COMPAJ, e o sacramento da santa ceia quase nenhuma.

3.2 A Atuação do capelão entre as competências administrativas-estatais no Complexo Penitenciário Anísio Jobim - COMPAJ

A entrada do pesquisador no locus, foi impedida devido a rigorosidade atual provinda após as últimas duas rebeliões facciosas acontecidas no COMPAJ, a primeira delas em 2017 sendo a segunda maior massacre carcerário do Brasil, tendo ao todo 134 mortes oficiais104 com fuga de 183, ficando atrás nas estatísticas apenas do massacre do Carandiru; e a segunda ocorreu no primeiro semestre de 2019.

Fazendo correlação com a competência jurídica, observa-se na entrevista que nenhum dos 2 (dois) capelães, tiveram suas entradas no cárcere interrompidas. E que a imposição religiosa e o extremismo chegaram a ser comum antes de janeiro de 2017, mas agora é nenhuma. Um capelão entrevistado afirmou ter sido proibido o auxílio religioso mas em outro presídio. No que diz a respeito de COMPAJ, os capelães entrevistados destacaram que antes da rebelião de 2019, pastores já chegaram a fazerem cultos sem a autorização da administração penitenciária, mas deixaram claro que eram pastores e não capelães. Porém após a rebelião, tão somente capelão pode adentrar no sistema prisional. Neste caso os capelães estão agindo conforme as leis e as normas. Foi relatado por parte dos capelães entrevistas que antes o tempo que os capelães podiam atuar no COMPAJ era muito satisfatório, várias horas e vezes por semana, esta talvez seja o primeiro desafio; a optimização que o capelão deve ter em seu trabalho aplicado diante do tempo disponível que este tem para fazer algo considerado um "bom trabalho, foi verificado que antes da

104 RODRIGUES. Adriano. S., LOPES Rafael F. **A REBELIÃO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM NA ERA DA SOCIEDADE CIBERCULTURAL.** Revista Dispositiva, Minas Gerais, v6, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

rebelião de janeiro de 2017, mudança de governo executivo federal e estadual em janeiro de 2019, e mudança da administração terceirizada, se tinha muito tempo, porém agora administração atribui um rigor a mais, diminuindo assim o tempo para que estes realizem o trabalho.

> "10. A visitação e assistência de cooperadores serão realizadas no horário compreendido entre 09h00min e 16h00min, nos dias de semana ou quando demandado, pelo Secretário da Administração Penitenciária – SEAP, Secretário Executivo Adjunto – SEXAD ou Coordenador do Sistema Penitenciário – COSIPE, ao Diretor do estabelecimento penal, não tendo a necessidade de periodicidade previamente estabelecida;"105

Percebe-se que na diretriz do Procedimento Operacional, é designado um bom horário, tendo em vista as necessidades dos presos e a segurança de todos, isto é; depois do café, antes do anoitecer, qualquer dia da semana podendo este ser também aos finais de semana conforme ordem superior, não tendo um número limite, tornando assim um sistema flexível de acordo com a necessidade do capelão se assim o Diretor/Coordenador presidiário decidirem. Foi constatado ainda que no COMPAJ as visitas por cada capelão é disposta 1 (uma) vez por semana e cada visita desta tem por tempo de no máximo três horas, considerado pouco para um trabalho profundo, mas o necessário para a segurança do presídio. Foi relatado ainda pelos capelães entrevistados que a restrição de acesso a locais da penitenciária tem sido má distribuídas, que apesar de terem acesso a todos os locais, uns recebem mais visitas que outros pelo fato de administração assim querer. Portanto prejudica o trabalho do capelão que deve ser de forma igualitária para todos os presos do presídio.

Em todo o Brasil e também no COMPAJ foi constatado, a inobservância por parte do Estado em disponibilização por medida equitativa e proporcionalidade razoável de agentes sociais como advogados, médicos, enfermeiros, assistentes sociais etc... O capelão atua na maioria das vezes sozinho sem a ajuda destes e outros sujeitos essenciais na reabilitação do preso. Porém em contrapartida os capelães estão entusiasmados com o Estado no progresso que está realizando em comparação a este assunto antes de 2019.

105 Manaus. **PROCEDIMENTO OPERACIONAL PADRÃO DO SISTEMA PRISIONAL DO AMAZONAS.** Secretaria de Administração Penitenciária – SEAP, Jan, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quanto ao local apropriado especificamente para culto religioso não há, só que foi relatado pelos capelães que não incide em um problema grave, pois o lugar aonde eles recebem visitas e prestam culto, atendem as necessidades dos capelães. Ante a questão das assistências materiais e essenciais que o Estado deve prestar ao preso, foi aplicado o questionário na forma de 0 a 10, sendo 0 a 2 muito ruim, 3 e 4 ruim, 5 e 6 regular, 7 e 8 bom e 9 e 10 muito bom. As notas atribuídas pelos capelães entrevistados foram somadas e divididas por 2, chegando aos seguintes resultados;

Tabela 3 – Notas sobre o dever do Estado para com Preso.

Higiene	Alimentação	Vestuário	Saúde	Educação	Ocupação
7	7	7	6	5	3

Fonte: Elaborada pelo próprio autor.

Numa média total dos 6 quesitos, a média final foi de 5,6, considerado regular a atenção do Estado prestada para com o preso. Já a atribuição do Estado para com o capelão fora observado os seguintes critérios. O Banho de sol é organizado hoje em dia, mas antes da rebelião, diz um capelão que "parecia um shopping", sem contar que todos os presos hoje são uniformizados ao contrário de antes da rebelião. O Estado ainda deixa a desejar na questão, de separação dos presos por principalmente crime e idade, etc... Fora relatado que no COMPAJ é tudo misturado dentro dos presídios, apenas observa-se um critério de facção que é respeitado, porém nem sempre é assim, pois há presos dentro de uma mesma cela de fações diferentes. Antes tinha a tortura, a famosa "cobrança" hoje se tem em menos quantidade, é necessário frisar que o Estado, ele proporciona ocupação ao preso porém a demanda é pouca para quantidade de detento.

No quesito higiene fora relatado que o presídio não é mais sujo por causa da organização dos próprios detentos, valendo lembrar que esta competência é mútua tanto do Estado quanto dos presos. No quesito alimentação, foi relatado algo estranho, o capelão verificou que estava saindo "tapurus" da torneira de água, subiu com autorização na caixa d'agua e quando chegou lá, se deparou com um urubu morto. No quesito educação fora relatado que apesar de se ter uma biblioteca com muitos exemplares, e também uma escola, muita é a demanda pelo problema da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

superlotação; aliás a superlotação é o maior problema que atinge todos os outros superlativando os mesmos. O mesmo acontece nos serviços de saúde e ocupação.

A formação profissional e colocação empregatícia é quase nenhuma diante o número dos presos no sistema prisional, apesar de ter o trabalho com redução de pena (1 dia de trabalho por 3 de pena), que se limita a trabalho de limpeza e estudos, para um presídio do porte do COMPAJ (o maior do Amazonas) os capelães relatam que é preciso de mais investimento nesta área. Foi observado que a integridade física do apenado, é preservada, não tendo relato de torturas por parte dos agentes penitenciários. Porém quando são transferidos não informam a família do preso tal ato. Também é observado que o preso não recebe informações das normas internas do presídio, conhecendo-o assim apenas no dia-a-dia da rotina presidiária.

A letra da lei foram observados que nenhum preso deverá desempenhar função ou tarefa disciplinar ou administrativa no estabelecimento, por disciplina. E que todo tem o direito resguardado de visita íntima. Foi observado que presos do foro cível e penal convivem na mesma sela, dificultando assim o trabalho do capelão.

Tabela 4 – Notas sobre o dever do Estado para com o Capelão.

Ajuda do Estado aos assistentes em geral.	Ajuda do Estado ao atendimento das necessidades religiosas ao preso.	Liberdade de atuação para o capelão.		
3	2	6		

Fonte: Elaborado pelo próprio autor.

Fora constatado que antes de janeiro de 2017, da mudança de governo executivo federal e estadual em janeiro de 2019, e da mudança da empresa terceirizada responsável pela administração interna. O Estado não atendia muito bem o dever de assistir o assistente religioso ou outros, porém após esses fatos, o progresso está fluindo melhor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os capelães prestam relatórios mas admitem, não sentir um feedback por parte do Estado do resultado obtido para com os presos. Ambos capelães entrevistados estão otimista sobre o sistema correcional em que trabalham. Dizem que o sistema do COMPAJ está funciona de regular para o bom, não totalmente bom ainda pelo problema da superlotação.

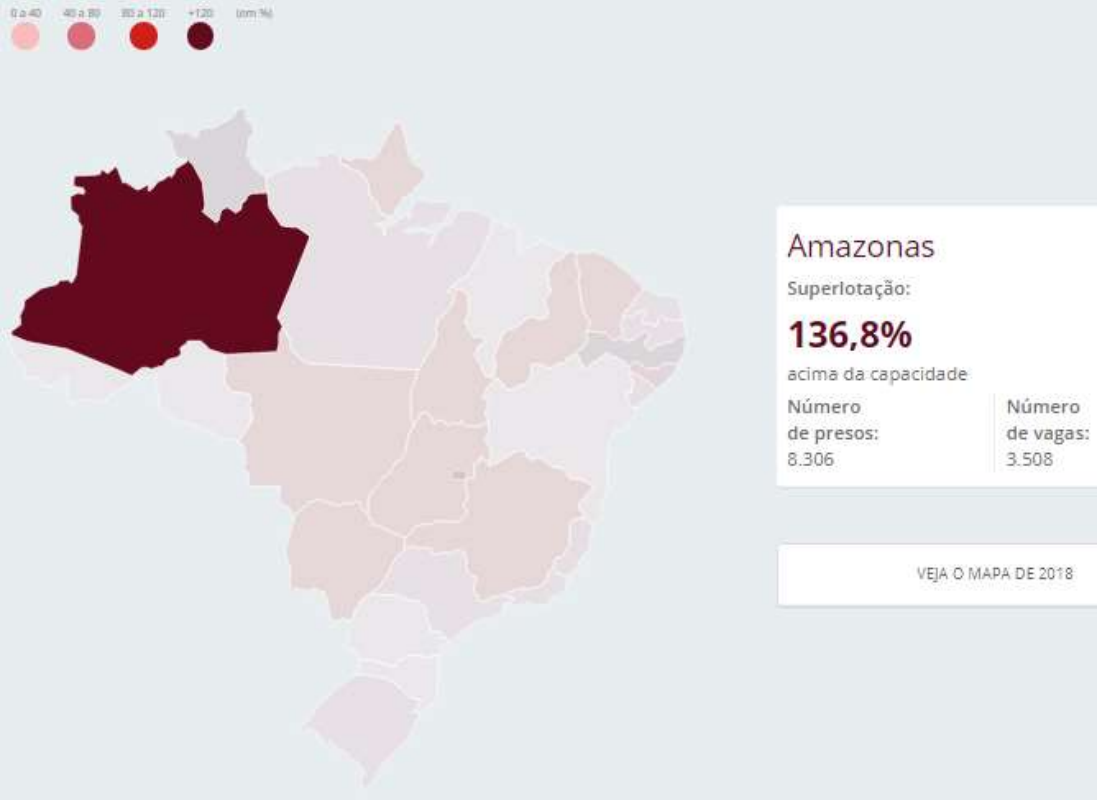


Imagem 8 - Infográfico de Superlotação

Fonte: http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2019/raio-x-do-sistema-prisional/

A corrupção perpassou do âmbito público para o público-privado, tendo como encândalos os superfaturamentos das empresas que passou pelo COMPAJ responsáveis pela administração penitenciária. Com o discurso de solução e provimento de garantia aos direitos humanos e ressocialização dos presos(as) e de resolução problemas em suma ocorre a negligencia das leis e o agravo dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmos.106 Tendo como argumento a economicidade dos custos por parte do Estado, para prestar um serviço de caráter constitucional dele próprio, a partir de 2003 as empresas privadas tomaram conta da administração penitenciária do COMPAJ, com muitas controvérsias e escândalos ao longo dos anos.

As pressões financeiras são generalizadas em muitos programas financiados pelo Estado, incluindo sistemas penitenciários, para converter em benéficas. Há um consenso entre os capelães sobre várias maneiras possíveis de cortar custos, mas estes preferiram não falar. Quando se trata de aspectos específicos do desempenho do sistema correcional estadual, os capelães são mais otimistas quanto à capacidade de manter a disciplina e a ordem na prisão e são menos positivos quanto à eficácia dos esforços para reabilitar os presos e prepará-los para a reinserção no sistema prisional.

Se os trabalhos dos profissionais capelães fossem resumidos em uma palavra esta seria desafio. Tanto para com os presos quanto para si mesmo. O serviço de capelania segundo relato dos entrevistados deve ser dividido antes da de janeiro de 2017, mudança de governo executivo federal e estadual em janeiro de 2019; Pois antes a administração era "desleixada" quanto a organização geral no que diz respeito em todas as competências, mas atualmente, é segura e melhorando cada vez mais, na medida do possível.

Foi observado que apesar dos capelães prestarem relatórios a administração penitenciária os mesmos alegam não haver após isso uma análise para resolução de problemas ou sequer importância devida para com este trabalho. Portanto é prejudicial ao trabalho do capelão esta ignorância de análise. Enquanto 1 (um) capelão afirmou não correr risco, outro disse que corre risco todas as vezes que adentram no presídio pois os agentes de segurança, não dão segurança suficiente ao capelão.

Os resultados neste tópico é exposto de forma equitativa ao que os capelães apresentaram em suas entrevistas. Como um balancete geral, que não

106 Lima. Ítalo Barbosa. **Prisão-Negócio: Terceirização do Sistema Penitenciário e Pesquisa com Agentes de Disciplina/Socialização na Onda Punitiva do Amazonas**. Revista Elaborar Vol. 4, ano 5, n.2, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

necessariamente se definem como problemáticas administrativas-estatais como o tópico 3.2 aponta.

A conversão como forma de defesa, foi tratada como um assunto um tanto interessante no COMPAJ, por que antes da rebelião de janeiro de 2017, mudança de governo executivo federal e estadual de 2019, e a mudança de administração terceirizada, fora constatado que de a cada 10 presos 2 se convertiam como forma de defesa, hoje em dia isto mudou ao avesso pois 8 de cada 10 se convertem em forma de defesa, e o medidor para esta afirmação, declara os 2 (dois) capelães, é a não permanência do preso após a soltura, na fé em que professava dentro do presídio.

No COMPAJ fora verificado a ética por parte dos capelães atualmente, mas antes de 2019 era registrado regularmente casos de extremismo. Já a não remuneração é um problema do convívio do capelão, mas estes aprendem a lidar com isso ou deixam de exercer a função alegam. "É como se fosse um ânimo". Apesar de todos os desafios; os capelães ressaltam que é um privilégio ser capelão carcerário. Mesmo sem o devido reconhecimento por parte do Estado ao trabalho de capelania. seguem os trabalhos com a mesma motivação, dizem os agentes religiosos.

De maneira absoluta, os capelães prisionais entrevistados consideram o aconselhamento religioso e outros programas baseados na religião um aspecto importante da reabilitação de prisioneiros. Através das entrevistas aplicadas aos agentes de capelania fora constatado que, somente após a rebelião e a nova empresa ser empossada é que esta ajuda está chegando com mais frequência.

Foi verificado também por parte dos capelães entrevistados, que existe a assistência individualizada, mas é pouco diante a demanda que é muita. Prejudicando assim na fiabilidade do serviço prestado. Os entrevistados disseram ainda, que pelo menos 2 fatores estão sendo essenciais para a melhora da capelania carcerária a âmbito Estadual; 1º mudança da administração e da empresa terceirizada empregada antes da rebelião de janeiro de 2017, que era "ruim" no que se refere à administração penitenciária e 2º Mudança de presidente; do qual alegam ter um grande impacto no que se refere ao combate à corrupção, sobrando assim mais verbas para aplicação no que é devido nos cárceres de Manaus; complementam dizendo que a administração está funcionando de "regular para bom". Os capelães relataram que por muito tempo não haviam medidas plausíveis por parte do Estado para separação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de detentos, conforme a lei orienta. Foi observado e reportado pelos entrevistados também, que o trabalho do capelão para a igreja, sociedade e Estado, em Manaus é reconhecido mais pelo instituto "Igreja", seguindo pela sociedade e só por último o Estado.

Foi exposto por um dos capelães que já houve caso de pastores levarem informações de fora para dentro, se levou-se informações deduz-se que pode ter sido levado objetos. Neste caso ainda que vedada pela lei mas exercida a pratica da revista pela administração julga-se que é devido, não implicando um sentimento reverso por parte do capelão, a não ser que a revista do homem seja feita no homem e mulher na mulher. No entendimento a visita íntima não é problema, se esta não for uma implicância pessoal por parte da administração penitenciaria, Antonio Rosa Afirma que muitos capelães são constrangidos a coisas que não deveriam acontecer107 pela lógica comum dos fatores de trabalho, como por exemplo tal: Mas no COMPAJ, fora observado, que por causa da tecnologia a revista é superficial, tendo um aparelho raio-X, que substitui a intimidade antes física. Não constringindo assim os capelães.

A média de satisfação dos trabalhos prestados pelos capelães deles mesmo é 9 porém ,1 (um) capelão alegou que o Estado está decepcionado com os trabalhos religiosos dentro das cadeias. Por que se tinham mais problemas com os irmãos religiosos do que com os internos segundo relato das entrevistas. A leitura da bíblia também está inclusa para redução da pena.

No COMPAJ foi detectado que por parte dos capelães não, mas de pastores sim. Isto ocorreu antes da rebelião. Portanto é observado que os serviços prestados atualmente obedecem às normas em vigor. Suas instituições têm prazo superior de existência jurídica da instituição religiosa. Todos são submetidos a revista íntima. A maioria dos que trabalham em prisões com um programa desse tipo também diz que a qualidade dos programas de reabilitação relacionados à religião melhorou.

O COMPAJ, pode ser visto sobre 2 (duas) óticas, a do antes de janeiro de 2017 e a do depois de janeiro de 2019, tendo por 2018 um período de transição. Os capelães alertam, que muitas práticas erradas foram realizadas, mas não pelos capelães em si, e sim por pastores, evangelistas, diáconos e pessoas que mesmo com

107 Junior. A. C. R. S. **Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional.** Rio de Janeiro: Editora Betel. 2015. p.35.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

boa vontade, acabou de alguma forma atrapalhando o serviço sério e normatizado pela lei. Os capelães também alegam que o cenário hoje por parte dos principais agentes religiosos, é que diferente de tempos escuros, o COMPAJ está melhorando no que diz respeito ao auxílio religioso.

CONCLUSÃO

Os capelães desempenham um papel fundamental em ajudar os presos a transformar sua compreensão de responsabilidade, escolhas e possibilidades não somente no COMPAJ, mas em toda prisão do mundo. O comportamento só muda quando os corações mudam. Sem uma transformação espiritual, há pouca esperança de mudança sincera e duradoura. Sem uma situação de vida pós-atendimento baseada na fé, um ex-criminoso tem poucas chances de ter sucesso na rua. O contato pessoal é crucial. O capelão ministra através do relacionamento. Ser receptivo, sem julgamento, trabalhando em prol de questões de auto-estima é importante. Mude o que um homem acredita por dentro, você mudará o que vê lá fora. Os serviços sociais são ótimos, mas trabalham com os sintomas, e não com o problema.

Acredita-se que a utilidade da mensagem do evangelho e dos ministérios cristãos nos processos de reabilitação e reentrada de prisioneiros são subestimados. Esses ministérios são tão eficazes quanto os programas educacionais na prisão, mas recebem uma fração extremamente pequena do financiamento e da mão de obra. " Existem muito poucos ministérios que prestam seus serviços à instituição prisão e que prestam cuidados de acompanhamento aos reclusos e suas famílias durante a liberdade condicional. O ideal seria um patrocínio de seis meses antes da libertação com a família e o preso, e seis meses após a libertação. A reabilitação, em geral, é inadequada na prisão do COMPAJ. Os serviços religiosos devem ter permissão para ajudar os reclusos na transição para as igrejas e participar com os mentores antes da alta, que os seguirão na alta. Isso ainda não acontece. São necessários mais programas formais baseados na fé que podem ajudar os reclusos na transição para a vida comunitária.

O termo 'capelão' para as correções externas geralmente faz as pessoas pensarem em capelania militar ou hospitalar. A capelania prisional é um modelo completamente diferente, pois os capelães prisioneiros são, em essência, provedores de programas religiosos. Sendo sua principal tarefa a garantia que as crenças religiosas dos infratores sejam cumpridas.... Como capelães de prisões, não devem converter pessoas mas para garantir acima disso os seus direitos religiosos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

O Código de Hamurabi: Introdução, tradução (do original cuneiforme) e comentários de E. Bouzon. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1976. p.31.

D'ALMEIDA, João F. A. **BÍBLIA SAGRADA: Contendo o Velho e o Novo Testamento.** Nova York: Sociedade Americana da Bíblia, 1848. p.44.

SKOUSEN, Lesley. **Redefining Benefit of Clergy During the English Reformation: Royal Prerogative, Mercy, and the State.** A thesis submitted in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of the Arts (History). UNIVESITY OF WISCONSIN: 2008. p.1.

BECKNER, Thomas W. **Correctional Chaplains: Keepers of the Cloack.** [S.l.]: Capella Press, 2012. p.14.

FOUCALT, Michael. **Vigiar e Punir**. 20 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. p.29.

JUNIOR, A.C.; FRANCO, R.C.; CÉSAR, E.M.L. **Como Anunciar o Evangelho Entre os Presos**: Teologia e Prática da Capelania Prisional. Viçosa, MG: Ultimato, 2016. p.40.

ELIADE, Mircea. **O Sagrado e o Profano**. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p.14.

ANITUA, Gabriel I. **História dos Pensamentos Criminológicos.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007. p.65.

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2008-2013, Disponível em <https://dicionario.priberam.org/penit%C3%AAncia>. Acesso em 03 jun. 2019.

SUN. Erika W. Y. **Pena, Prisão e Penintência**. Brasília: Unb, 2008. p. 42.

Selson Garutti & Rita de Cássia da Silva Oliveira**. A assistência religiosa prisional pelo estado do conhecimento**. Rever v.18 n.3 set/dez. 2018. p.208.

MELOSSI, D. PAVARINI, M. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2006. p.36.

McCONVILLE, Seán. **A HISTORY IF ENGLISH PRISON ADMINISTRATION**: Volume 1, 1750-1877. New York: Routledge & Kegan Paul, 1981. p.51.

JAMES, J. T. L. (1990). **A Living Tradition: Penitentiary Chaplaincy**. Ottawa:

Chaplaincy Division, Correction Service of Canada, 1990. p. 60.

HAY, Douglas. **Property, Authority and Criminal Law**. New York: Phanteon, 1975. p.29.

ALVES. Gisleno G. F. **Manual do Capelão: Teoria e Prática**. São Paulo: Hagnos, 2017. p.19.

HART. William. E. **John Howard: An Appreciation**. Canadá: [s.n.], 2015. p.24

GREEN, Richard. **John Wesley, o Evangelista**. [S.l.]: The Wesley Center for Applied Theology, 2005. p.292.

WESLEY, John. **O Diário de John Wesley**. São Paulo: Arte Editorial, 2009.

GONÇALVES. Pedro C. **A era do humanitarismo penitenciário: As obras de John Howard, Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.** 2009. R. Fac. Dir. UFG, V. 33, n. 1, p. 9-17, jan. / jun. 2009.

WESLEY, John. **THE TYNDALE SERIES OF GREAT BIOGRAPHIES THE JOURNAL OF JOHN WESLEY**. Chicago: MOODY PRESS, 1951.

HOWARD, John F.R.S. **The States of the Prisons in England and Wales with: preliminar observations, and an account of some foreign prisons**. Warrington: William Eyeres, 1777. p.7.

CARO. Felipe. P. **JOHN HOWARD Y SU INFLUENCIA EN LA REFORMA PENITENCIARIA EUROPEA DE FINALES DEL SIGLO XVIII**. Lejona, Espanha, Número 27, ano 2013. Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, 2013. p. 149-168.

QUIROGA, Ana Maria, et.al. **Religiões e prisões**. Comunicações do Iser. Rio de Janeiro, Iser, n.61, 2012. p.23.

Decreto nº 678, de 6 de Julho de 1850. *Euzebio de Queiroz Coutinho Mattozo Camara.*

SOUZA, Cecília Nunes. **PENA, RELIGIÃO E MÉTODO APAC: Análise dos aspectos da pena e do retorno da Religião no universo prisional**. Monografia (Monografia em Direito) – UFRS. Porto Alegre, p.39-40.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

OLIVEIRA, Marina Marigo Cardoso de. **A Religião nos Presídios**. São Paulo: Cortez & Moraes, 1978. p.94.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário**. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009, p.241.

COUTO, Vinicius Assis. **A OFICINA DO DIABO E A CASA DO SENHOR: OS EMBATES IDENTITÁRIOS DENTRO DOS PRESÍDIOS**. Dissertação (Dissertação em Ciências da Religião) – UFMG. Belo Horizonte. 2011. p.47.

Complexo Penitenciário Anísio Jobim, SEAP/AMAZONAS, Manaus, s/dia, s/mês de 2019. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br/complexo-penitenciario-anisio-jobim/> Acesso em: 04 de out. de 2019.

COUTO, Marlen. **Superlotação em presídios do Amazonas cresceu 76% desde massacre de 2017**, O GLOBO BRASIL, Manaus, 29 maio de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/superlotacao-em-presidios-do-amazonas-cresceu-76-desde-massacre-de-2017-23700512>. Acesso em: 04 de out. de 2019.

BARROS. Ana Maria. **FÉ, POLÍTICA E PRISÃO, PASTORAL CARCERÁRIA E ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL – UM ESTUDO NA PENITENCIÁRIA JUIZ PLACIDO DE SOUZA EM CARUARU-PE, de 1996 a 2002**. 2007. Tese de Doutorado – Universidade Federal de Pernambuco, 2007.

Raimundo de Holanda Farias. **Sol, a mulher que comandou fuga de 42 detentos do Compaj é presa durante assalto**. Portal do Holanda, Manaus, 21 de março de 2013. Disponível em: <https://www.portaldoholanda.com.br/amazonas/sol-mulher-que-comandou-fuga-de-42-detentos-do-compaj-e-presa-durante-assalto>. Acesso em: 20 de out. de 2019.

MAISONNAVE. Fabiano. **Rota de cocaína peruana atrai facções à Amazônia e gera um lucro bilionário.** Amazônia notícia e informação, Manaus, 13 de Janeiro de 2017. <https://amazonia.org.br/2017/01/rota-da-cocaina-peruana-atrai-faccoes-a-amazonia-e-gera-um-lucro-bilionario/.> Acesso em: 11 de nov. de 2019.

CAMPOS, Lidiany M., SANTOS, Nivaldo. **O Crime Organizado e as prisões no Brasil**. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal de Goiás, 2004.

<https://notoriumjuridico.jusbrasil.com.br/noticias/425838600/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas>. Acesso em 11, de nov. 2019.

SUIÇA. Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinqüentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Artigo 66. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html. Acesso em: 27 de outubro de 2019.

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS. PLANO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO NAS PRISÇOES. MANAUS. 2015

PRADO, Alice Silva. **EDUCAÇÃO NAS PRISÕES: DESAFIOS E POSSIBILIDADES DO ENSINO PRATICADO NAS UNIDADES PRISIONAIS DE MANAUS**. Dissertação (Dissertação em Sociologia) – UFAM. Manaus. 2015. p. 62-63.

Constituição Política do Estado do Amazonas. Governo do Estado Amazonas. 2008.

Constituição da República Federativa Brasileira. 1998.

LOGOS & EXISTÊNCIA REVISTA DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LOGOTERAPIA E ANÁLISE EXISTENCIAL 3 (2), 203-215, 2014 203 RELAÇÃO ENTRE RELIGIÃO, ESPIRITUALIDADE E SENTIDO DA VIDA

Brasil. Lei 9982 de 14, jul. de 2000. **Sobre a prestação de assistência religiosa nas entidades**, Brasília, DF, jul 2000.

Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Brasília, 1984.

Junior. A. C. R. S. **Deus na prisão: Uma análise jurídica, sociológica e teológica da capelania prisional.** Rio de Janeiro: Editora Betel. 2015. p.44.

RESOLUÇÃO Nº 8, DE 9 DE NOVEMBRO DE 2011. Brasília. Publicada no DOU nº 216 – quinta-feira, 10 de novembro de 2011, Seção 1, Página 66.

Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Disponível em: www.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de direitos-humanos-e-politica-externo/RegMinTratRec.html. Acesso em 29 ago. 2019.

LEI Nº 2711 de 28/12/2001 DISPÕE sobre o Estatuto Penitenciário do Estado do Amazonas. (Reproduzida no D.Of. nº 29.852, de 26.03.02).

IBGE. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/am/manaus/panorama>. Acesso em: 11 de nov. de 2019

RODRIGUES. Adriano. S., LOPES Rafael F. **A REBELIÃO NO COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM NA ERA DA SOCIEDADE CIBERCULTURAL.** Revista Dispositiva, Minas Gerais, v6, 2018.

Manaus. **PROCEDIMENTO OPERACIONAL PADRÃO DO SISTEMA PRISIONAL DO AMAZONAS.** Secretaria de Administração Penitenciária – SEAP, Jan, 2019.

Lima. Ítalo Barbosa. **Prisão-Negócio: Terceirização do Sistema Penitenciário e Pesquisa com Agentes de Disciplina/Socialização na Onda Punitiva do Amazonas**. Revista Elaborar Vol. 4, ano 5, n.2, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ANEXOS

Anexo I: Roteiro de entrevista com os capelães.

Parte I: Perfil do Capelão

A1). Quanto tempo de atuação como capelão carcerário no COMPAJ?

B1). O seu trabalho como capelão é voluntário ou remunerado?

C1). Tem algum vínculo com o Estado?

D1). Explique sua chegada no COMPAJ

E1). Qualificação

F1). Trabalha (ou) em quantas penitenciárias?

Parte II: Competência do Capelão

A2). Como você descreve o trabalho dos capelães no COMPAJ.

B2). Qual o principal desafio que um capelão enfrenta na realização do trabalho no COMPAJ?

C2). Em poucas palavras, O que é o serviço de capelão. O que significa ter o ofício e a oportunidade de restaurar vidas e ressocializá-las?

D2). Desde que em atua no COMPAJ, o senhor é sabedor de que sempre ocorreu a assistência religiosa no COMPAJ? Ou teve algum tempo que não tinha o serviço de capelania? Quem veio antes do senhor?

E2). Você já atuou de alguma forma sem a autorização da administração penitenciária? E outros capelães?

F2). Você busca atender as determinações legais bem como as normas internas do COMPAJ? E outros capelães? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

G2). Você como capelão já teve sua vida plenamente em risco? Ou já viu algum capelão com a vida em risco?

H2). Já viu proselitismo por parte dos capelães? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

I2). Já viu prática de imposição religiosa por parte dos capelães, ou seja, a preferência de uma religião em detrimento de outra por parte do Estado? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

J2). Número de visitas semanais no COMPAJ.

K2). Você já viu arrecadação de dízimo e ofertas? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

L2). Já houve comercialização ou transferência de objetos de capelão há presos?

M2). Os capelãos se ajudam? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

N2). Há uma comunicação dos trabalhos capelão com a administração penitenciaria?

PARTE III: Competência Estatal ou Penitenciária-administrativa

A3). Como é feito o ingresso de um novo capelão, por afinidade ou por necessidade?

B3). Como ocorre o processo de inclusão do capelão na penitenciária?

C3). O Capelão tem acesso a todos os lugares do estabelecimento prisional, por parte da administração do presídio? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

D3). Os capelães são submetidos a revista íntima? Se sim como funciona?

E3). A administração penitenciária reconhece o trabalho do capelão? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

F3). Ocorre assistência individualizada à presos, permitido pela administração do presídio? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

G3). Como você mede que outros capelães atendem as normas vigente bem como orientações da administração penitenciária? (0 péssimo, 10 muito bom).

H3). Os presos fazem extremismo, são comuns? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

I3). O Estado ajuda os capelães? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

J3). Como considera o trabalho da capelania? (0 péssimo, 10 muito bom).

K3). Textos religiosos. Os presos têm? Se sim quem doa?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

L3). O sistema administrativo prisional, permite que você tenha contato com todos os detentos ou só alguma parte, com qual parte dos detentos?

M3). Qual a medida de satisfação do trabalho realizado por você? (0 péssimo, 10 muito bom).

N3). A muitos voluntários ou poucos para obra? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

O3). Como você avalia o Sistema correcional do Estado? (0 péssimo, 10 muito bom).

P3). O sistema ou a igreja atendem as necessidades religiosas dos presos? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

Q3). A presença dos capelães são facilitadas? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

R3). A administração penitenciária faz algo pelo religioso ou poderia fazer mais? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

S3). A higiene do presídio. (0 péssimo, 10 muito bom).

T3). Banho de sol. (0 péssimo, 10 muito bom).

U3). Já viu prática de Tortura?

V3). Quesito alimentação. (0 péssimo, 10 muito bom).

W3). Ocupação do Estado para com preso. (0 péssimo, 10 muito bom).

X3). Número de reuniões por semana (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

Y3) Educação do Estado dado aos presos. (0 péssimo, 10 muito bom).

Z3) as celas são boas em higiene? (0 péssimo, 10 muito bom).

AA3) Vestuário e roupa de cama? (0 péssimo, 10 muito bom).

AB3) Serviços Médicos? (0 péssimo, 10 muito bom).

AC3) Contato com o mundo externo, os presos tem?

AD3) Biblioteca (0 péssimo, 10 muito bom).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AE3) Administração do estabelecimento fornecerá água potável, alimentação e vestuário aos presos. Isso acontece na íntegra?

PARTE 4: PERGUNTAS DIVERSAS

A4). Igreja, Sociedade e Estado. Qual reconhece mais e qual reconhece menos o trabalho feito pelo capelão?

B4). Administrar programas religiosos; a igreja ajuda? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

C4). A cada 10 presos quantos se convertem como forma de defesa ou aparência.

D4). O capelão lida com esquecimento por parte do Estado, Igreja e sociedade, as vezes até família e parentes? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

E4). Há separação por parte de bandeiras de igrejas e denominações? (0 pouquíssimo, 10 muitíssimo).

F4). O batismo na prisão acontece?

G4). A santa ceia.

H4). O que você acrescentaria no que não foi perguntado na entrevista?

Anexo II:Termo de doação do Capelão Rogério Evangelista

TERMO DE DOAÇÃO

Pelo presente documento, cedo, ao Angelo Antonio Liborio de Oliveira Filho, Bacharel em Ciências Teológicas da Faculdade Boas Novas de Ciências Teológicas, Sociais e Biotecnológicas - FBNCTSB, e Estudante de Direito de CEULM/ULBRA, todos os direitos de uso e divulgação que me corresponderem, do conteúdo das gravações digitais e transcrição literal do mesmo, bem como dos questionários aplicados.

A entrevista foi realizada pelo bacharelando, Angelo Antonio Liborio de Oliveira Filho, com o Senhor _____, no dia ___/___/___, na cidade de Manaus/AM. Declaro também que, pela natureza do trabalho apresentado, o conteúdo das gravações e questionários pode ser consultado sem restrições por pessoas qualificadas e devidamente credenciadas, a partir desta data.

Manaus,___de_____de 2019.

_____

Entrevistado e doador

_____

Entrevistador

_____

Testemunha

Anexo II:Termo de doação do Capelão Rogério Evangelista

TERMO DE DOAÇÃO

Pelo presente documento, cedo, ao Angelo Antonio Liborio de Oliveira Filho, Bacharel em Ciências Teológicas da Faculdade Boas Novas de Ciências Teológicas, Sociais e Biotecnológicas - FBNCTSB, e Estudante de Direito de CEULM/ULBRA, todos os direitos de uso e divulgação que me corresponderem, do conteúdo das gravações digitais e transcrição literal do mesmo, bem como dos questionários aplicados.

A entrevista foi realizada pelo bacharelando, Angelo Antonio Liborio de Oliveira Filho, com o Senhor _____, no dia ___/___/___, na cidade de Manaus/AM. Declaro também que, pela natureza do trabalho apresentado, o conteúdo das gravações e questionários pode ser consultado sem restrições por pessoas qualificadas e devidamente credenciadas, a partir desta data.

Manaus,___de_____de 2019.

_____

Entrevistado e doador

_____

Entrevistador

_____

Testemunha

*Documentos Originais e assinados em posse do autor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS EFEITOS DA CULPA NA RESPONSABILIDADE ALIMENTAR EM FACE DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL

GUSTAVO FRANCO ANDRADE PIRES: Técnico em Administração pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Tocantins. Estudante de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins. Auxiliar jurídico no escritório Ohofugi, Azevedo, Venâncio, Bonilha e Advogados Associados.

AIRTON ALOISIO SCHUTZ

(orientador) [1]

Resumo: A isonomia e igualdade entre homem e mulher é alicerce do Estado Democrático Direito angariado pela Carta Magna de 1988 do Brasil. A legislação aplicável ao casamento e união estável é fruto da escalada do direito em positivar as relações sociais implicando na manutenção da justiça. Todavia, a previsão de alguns termos como a culpa, infere diferentes efeitos no comportamento social e na operação do direito material e processual. Delimitando-a à responsabilidade alimentar e contextualizando as suas diferentes interpretações entre os caminhos da separação e do divórcio, será concretizado em pesquisa documental, exploratória e bibliográfica, por meio da abordagem qualitativa, as bases teóricas dos critérios estabelecidos para equilibrar ou não as condições de vida pós dissolução conjugal em razão da culpa, haja visto que, como ver-se-á, esta continua sendo objeto perquirido pelo legislador e jurisprudência.

Palavras chave: Alimentos. Responsabilidade alimentar. Pensão alimentícia. Divórcio. Separação. Direito de família. Culpa.

Abstract: The equality and equality between men and women is the foundation of the Right Democratic State raised by the 1988 Constitution of Brazil. The legislation applicable to marriage and a stable union is the result of the escalation of the right to make social relations positive, implying the maintenance of justice. However, the prediction of some terms such as guilt, infers different effects on social behavior and the operation of material and procedural law. Limiting it to food responsibility and contextualizing its different interpretations between the paths of separation and divorce, documentary, exploratory and bibliographic research will be materialized, through the qualitative approach, the theoretical bases of the criteria established to balance or not the conditions of life after marital dissolution due to guilt, since, as

will be seen, this continues to be the object of inquiry by the legislator and jurisprudence.

Keywords: Food Food responsibility. Alimony. Divorce. Separation. Family right. Fault.

Sumário: 1. Introdução. 2. Saltos Normativos, Persistência da Punição Através dos Alimentos Naturais e Relevância. 3. Separação e Divórcio 4. Culpa Anterior e Posterior à Dissolução Conjugal. 5. Deveres, Moral, Ética e Mínima Intervenção Estatal no Direito de Família. 6. A Mulher e a Relação de Poder Sobre o Patrimônio. 7. Da Possibilidade e Importância dos Alimentos Frente à Previsão da Culpa e Vantagem da União Estável. 8. Alimentos Compensatórios, Pensão Alimentícia Comum e Responsabilidade Civil. 9. A Jurisprudência e a Manutenção da Culpa. 10. Conclusão. 11. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O instituto do casamento, sem desconsiderar a relação equiparada da união estável, revela um fenômeno social complexo capaz de gerar diversas responsabilidades antes, durante ou após a criação de uma sociedade conjugal, incluindo. Historicamente, a família no direito brasileiro desenvolve-se sobre fortes laços de poder dado à autoridade do chefe do lar, o qual influencia o cônjuge parceiro a se dispor apenas do ambiente doméstico, criando assim, na hipótese de rompimento do vínculo matrimonial arcaico, dificuldades de inserção ou reinserção no mercado de trabalho.

Apesar da cultura da culpabilidade no casamento não ser recente, ainda existe grande dificuldade do Estado em expurgar as possibilidades de culpa em situações práticas de fim da sociedade conjugal. Para tanto, basta considerarmos que as ações desonrosas como o abandono do lar, a infidelidade e agressões partidas do cônjuge culpado podem ser reflexos de uma tentativa de fuga ao par inocente, muitas vezes, tão culpado quanto, ou apenas fruto de desvio moral previamente estabelecido pela sociedade.

Neste sentido, no contexto atual, em pura análise ao ordenamento comum, existe uma grande lacuna em prognosticar análise detalhada para aplicação da integralidade de direitos (§ 2ª, art. 1.694 ou 1.704/1.708, parágrafo único, do Código Civil de 2002), alimentos alcançáveis, mas limitados ao subjetivo mínimo existencial ou, simplesmente, subsistência, quando sobrepostos à pensão alimentícia que, via de regra, deveria garantir alçada suficiente para manter determinada condição social, ou, padrão de vida (caput do art. 1.694 do Código Civil de 2002).

Assim, nota-se que a legislação pátria brasileira promoveu a manutenção de um método utilizado em encontrar o culpado pelo fim de um matrimônio, seja para estabelecer restrições ou salvaguardar o cônjuge inocente, o que vem sendo mitigado, ainda com timidez e difusões midiáticas conturbadas, por parte da doutrina e jurisprudência.

Dessa forma, revela-se que o Direito ainda detém legítima a culpa como pressuposto para restrição aos alimentos, não adequando ferramentas capazes de prever e diferenciar casos concretos. Desse modo, provoca-se o questionamento: quais as mudanças da culpa no processo de fixação de alimentos aos conjugues ou companheiros no ordenamento jurídico brasileiro?

Para um desenvolvimento completo do cenário, objetivamente, através da investigação geral da problemática, busca-se identificar qual prejuízo a definição da culpa acarreta na fixação de alimentos, demonstrar os caminhos entre a separação e divórcio, descrever os elementos que condicionam a relação de poder no ambiente doméstico objetivando a necessidade da fixação de alimentos; e apontar divergências entre a culpa anterior e posterior à dissolução conjugal na responsabilidade alimentar e as facetas da imposição moral e ética no ordenamento jurídico.

Por último, esclarece-se que a análise dos fundamentos jurídicos que angariaram o método de pesquisa, o instrumento de coleta de dados e as informações escolhidas, foi conquistada através do rigor científico da pesquisa bibliográfica e exploratória em sintonia com o estudo documental e abordagem qualitativa.

2. SALTOS NORMATIVOS, PERSISTÊNCIA DA PUNIÇÃO ATRAVÉS DOS ALIMENTOS NATURAIS E RELEVÂNCIA

Com a entrada do Diploma Civil de 2002 em sintonia com as interpretações constitucionais trazidas pela Emenda Constitucional n° 66, passou-se a tutelar de maneira mais eloquente à obrigação alimentar em razão do dever da assistência mútua recepcionada pelo casamento. Conforme Dias (2010) no Código Civil de 1916, revogado, e Lei de Divórcio de 1977, o ônus da assistência voltava-se, respectivamente, apenas entre o marido a mulher inocente e, mais tarde, apesar da previsão de assistência mútua, imputável apenas ao responsável pela dissolução.

A novidade, segundo a ilustre doutrinadora Dias (2010), está o art. 1.694 do Código Civil de 2002 que passou a prever a possibilidade de companheiros e consortes assumirem a responsabilidade recíproca de subsidiar alimentos para manter-se o modelo de vida padrão quando do divórcio ou da dissolução conjugal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, ainda existe, com o objetivo da punição, no § 2º do mesmo dispositivo, a previsão de que o culpado deverá pleitear alimentos, seja provisionais ou não apenas para subsistência persistindo a dicotomia entre alimentos naturais e civis.

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Em consonância, Oliveira (2020), esclarece que os alimentos aos necessitados são subdivididos entre naturais e civis, envolvendo, respectivamente, divergência entre pleitear um mínimo razoável necessário à dignidade e indispensável à vida e ao homo medius digno, ou o suficiente para manter um padrão de vida muito próximo ao do alimentante, com previsão em duas hipóteses: culpa do alimentado pelo status de necessidade do art. 1694, § 2º, ou culpabilidade de ex-consorte ao desencadear o fim do casamento previsto no art. 1.704, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002.

> Art. 1.704. Se um dos cônjuges separados judicialmente vier a necessitar de alimentos, será o outro obrigado a prestá-los mediante pensão a ser fixada pelo juiz, caso não tenha sido declarado culpado na ação de separação judicial.
>
> Parágrafo único. Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência.

Na comunidade acadêmica e no meio social, a discussão tornou-se extremamente importante, uma vez que o senso crítico às mudanças normativas constantes no direito de família é construído pelo investimento às ciências sociais, na qual, tratando-se de estudo a comportamentos variáveis, devem, muitas vezes, propor aprimoramento ou mitigação ao legislador perante uma realidade.

3. A SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

É indene de dúvida que com as mudanças sociais, o legislador sentiu-se fortemente pressionado a abolir qualquer meio dispendioso para dissolução do vínculo conjugal. Contudo, sobre a ótica de uma das doutrinadoras com maior autoridade no assunto, nem sempre o divórcio foi um caminho a seguir de imediato, sendo a separação uma das formas em que:

> O legislador sempre tentou impedir a dissolução dos vínculos conjugais, tanto que não previa a possibilidade de um dos cônjuges buscar a separação se não conseguisse provar um dos motivos elencados na lei que pudesse imputar ao outro. Nítida a postura punitiva do Estado e a intenção de manter, a qualquer preço, o laço matrimonial. Quem nada tinha contra o par e não conseguia identificar uma causa culposa atribuível ao cônjuge não podia buscar a separação. Ou seja, aquele que havia praticado qualquer ato que importava grave violação dos deveres do casamento, de modo a tornar insuportável a vida em comum, não podia pedir a separação. Somente o "inocente" tinha legitimidade para a ação. (DIAS 2016, p. 149)

Desse modo, a estudiosa, Dias (2016) assevera que aquele em que se atribuía responsabilidade ao término do casamento ficava refém da autonomia da vontade apenas do outro par. Observe, a imputabilidade da culpa já foi fator determinante para hoje decadente separação judicial, que por sua natureza já exigia um enorme desgaste quanto a provar uma das hipóteses cabíveis de culpa ou respeitar os prazos de um ano ao fim da vida em comum e dois anos para instrumentalização seguinte, o divórcio. Entreveja a previsão legal do Código Civil (2002):

> Art. 1.572. Qualquer dos cônjuges poderá propor a ação de separação judicial, imputando ao outro qualquer ato que importe grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum.
>
> § 1º A separação judicial pode também ser pedida se um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição.
>
> Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:
>
> I - adultério;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

II - tentativa de morte;

III - sevícia ou injúria grave;

IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V - condenação por crime infamante;

VI - conduta desonrosa.

Art. 1.580. Decorrido um ano do trânsito em julgado da sentença que houver decretado a separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos, qualquer das partes poderá requerer sua conversão em divórcio.

§ 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

O fato é que a Emenda Constitucional 66/10 derrogou grande parte do instituto da separação entre os artigos 1.571 a 1.582 do Código Civil de 2002, tendo a justiça se adaptado e admitido a dissolução do vínculo conjugal pelo divórcio, excluindo qualquer cumprimento a prazo e acossamento de culpa (DIAS, 2016).

Conciliando este entendimento com as inovações trazidas pela Lei Federal nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, entende-se que até mesmo no mundo extrajudicial houve grandes impactos, posto que a possibilidade do divórcio consensual por via administrativa em cartório tornou-se realidade.

No entanto, vale lembrar que, contrário à posição de parte da doutrina, a separação judicial ainda seria uma faculdade, ou seja, uma opção para os cônjuges incertos da sua tomada de decisão que culminaria no divórcio. Este entendimento foi tomado pela quarta turma do STJ quando da análise de recurso especial em segredo de justiça.

Em síntese a ministra relatora Galotti (2017), entendeu que na atualidade, a constituição pressagia a dissolução do casamento do Código Civil pelo divórcio, instigando a faculdade aos cônjuges, diferentemente do que seria considerar a extinção da separação judicial na qual continuaria sendo possibilidade. A principal lógica seguida pela ministra estaria na máxima jurídica de que quem pode o mais, também pode o menos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, segundo a mesma magistrada Galotti (2017), a faculdade de escolha entre um e outro não passam de processo vantajoso de escolha que convergem ao mesmo caminho, uma vez que a separação traduziria opção de natureza temporária, podendo os cônjuges, observado os requisitos, peticionarem pela restauração da sociedade conjugal ou conversão, definitiva, em divórcio.

Em continuidade, o ilustre arranjo proposto por Galotti (2017) acordado por unanimidade naquele momento, não deixou de diferenciar os efeitos práticos, quais sejam na separação a exclusão da coabitação, fidelidade e regimes de bens, e no divórcio a ficção jurídica que põe fim ao estado civil dos cidadãos.

Pós Emenda Constitucional 66/10 e Código Civil de 2002, nota-se a intenção clara do legislador em consolidar dois caminhos. Observe a previsão e a continuidade nos procedimentos especiais da separação no Código de Processo Civil de 2015:

> Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.
>
> Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:
>
> I - as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
>
> II - as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
>
> III - o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

Destarte, apesar de uma corrente doutrinária entender que o instituto da separação foi abolido pela facilidade do simples pedido de divórcio judicial ou extrajudicial, conclui-se que a separação e o divórcio são caminhos a serem seguidos tanto em previsão de letra fria da legislação material quanto processual.

4. CULPA ANTERIOR E POSTERIOR À DISSOLUÇÃO CONJUGAL

Antes de qualquer aprofundamento no tema, esclarece-se que há uma incongruência existente entre a culpa anterior e posterior à fixação de alimentos em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

decorrência da dissolução conjugal, seja por razão da infidelidade ou indignidade. ALMEIDA (2014, p. 2), traz o seguinte exemplo:

> Autor ingressa com ação de separação litigiosa alegando ser vítima de tentativa de morte pelo cônjuge, dando prova satisfatória do fato, o que caracteriza um ato indigno e uma ofensa ao dever de respeito e consideração imposto pelo matrimônio (CC, art. 1.566, V, e 1.573, II). No curso do processo a mulher faz prova de necessitar dos alimentos do marido ante a ausência de parente para sustentá-la e a impossibilidade de obter emprego. A final, por sentença é decretada a separação por culpa da mulher, sendo-lhe fixada, pelo juiz, entretanto, uma pensão alimentícia a cargo do varão, com base no disposto no art. 1.702, in fine, e § 2º do art. 1.694, do CC. Alguns meses após a separação, a mulher tenta novamente matar o ex-marido, não se consumando o delito. Com a prova da tentativa de homicídio, que é um evidente procedimento indigno (Enunciado 264 do CEJ) contra o devedor de alimentos, este consegue se exonerar da obrigação alimentar em juízo, invocando em prol de sua tese o disposto nos arts. 1.708, parágrafo único, e 1.814, I, ambos do CC.

O que se observa, é que o atual Código Civil de 2002, admite que a indignidade caracterizada pelo homicídio tentado não impediria a fixação de alimentos em decorrência dos artigos. 1.702 e §2º do art. 1.694 (Diploma Civil de 2002), no entanto tem o condão de cessar a obrigação alimentar na forma do art. 1.708 do Código Civil de 2002. A mesma linha de raciocínio pode ser observada quando da constatação de culpa consubstanciada em suposto concubinato causador da dissolução conjugal. Observe a segunda ilustração de ALMEIDA (2014, p.2):

> Marido ajuíza ação de separação litigiosa alegando adultério da mulher, dando prova satisfatória do fato. A sentença julga a mulher culpada por grave violação do dever de fidelidade imposto pelo casamento, tornando insuportável a vida em comum (CC, arts. 1.566, I, e 1.573, I), decretando a separação. No curso do processo a ré faz prova de ter sido abandonada pelo concubino e de necessitar dos alimentos do marido ante a ausência de parente para sustentá-la e a impossibilidade de conseguir emprego. Aqui também o juiz, na sentença de procedência da separação litigiosa, fixa uma pensão a cargo do varão, cônjuge inocente, sob o permissivo dos arts. 1.702, n

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> fine, e § 2º do art. 1.694, do CC. Alguns meses após a separação, todavia, a mulher ingressa em concubinato com o mesmo homem com quem já se relacionava e, com essa prova, o ex-marido consegue se exonerar da obrigação, com base no art. 1.708, parágrafo único, do CC.

Posto isso, é visível a divergência de tratamento no Código Civil de 2002 em relação a culpa (fuga dos deveres estabelecidos no art. 1.566), de um lado a humanidade e solidariedade justificaria a pensão alimentícia mesmo na hipótese de culpa e de outro há um extremo corte desta possibilidade, sendo o acerto do legislador ainda questionável em análise fria dos casos concretos acima.

5. DEVERES, MORAL, ÉTICA E MÍNIMA INTERVENÇÃO ESTATAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

Segundo Oliveira (2020), o juiz de direito, não pode dirimir conflitos ditos pequenos, assim, a relevância e potencial lesivo da culpabilidade deve ser sopesada entre os deveres conjugais previstos no art. 1.566 e 1.724 do Código Civil de 2002 e o caso concreto a depender da violência doméstica por exemplo.

> Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:
>
> I - fidelidade recíproca;
>
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
>
> III - mútua assistência;
>
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
>
> V - respeito e consideração mútuos.
>
> Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Cunha (2004, p. 130) complementa com o critério de que a vida conjugal somente se "justifica enquanto proporcionar a comunhão afetiva da vida do casal, não justificando sua mantença se a vida em comum deteriorou-se. Tal fato corrobora, também, a abolição do princípio da culpa na dissolução do casamento, cujos efeitos já foram minorados."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Interrompendo este ciclo, Ferreira (2018) além de acreditar que os mandamentos principiológico da Carta Cidadã interrompe qualquer análise culpa, tornando-a inconstitucional, ainda que viável, dificilmente o Estado conseguiria deferir a acusação de culpa, posto que o próprio direito do contraditório e ampla defesa instituiria a culpa recíproca ou, alternativamente, a inversão da culpabilidade, sendo necessária a mínima intervenção estatal em razão da privacidade, intimidade e liberdade no seio familiar.

A dificuldade está, conforme Cunha (2014, p. 65) na discussão moral e da ética no Direito de Família:

> A discussão dos princípios gerais do direito, como observou Perelmann (ver item 3.4), vincula-se à discussão da moral e da ética. O princípio da dignidade humana, por exemplo, é uma concepção ética do que é a pessoa em seu sentido mais profundo, em sua essência, isto é, é o sujeito de direito em sua racionalidade e com o seu conteúdo de ser-de-desejo. Se tratarmos a dignidade no campo da moral, continuaremos a repetir a história de exclusões feitas pelo Direito de Família. Uma concepção moral da dignidade da pessoa humana certamente retiraria a guarda de uma criança do cônjuge culpado, contrariando o princípio do melhor interesse da criança/adolescente; um juízo moralista negaria pensão alimentícia a um cônjuge culpado ao passo que o juízo ético destitui a ideia de culpa; um juízo moral proibiria ou restringiria a convivência familiar dos filhos com uma mãe prostituta, enquanto o juízo ético desvincula a conduta moral sexual do exercício das funções maternas e paternas; um juízo moral dará preponderância aos laços biológicos e desconsiderará o que é a verdadeira paternidade/maternidade; um juízo moralista tratará as parceiras homossexuais como sociedade de fato para não considerá-la uma entidade familiar, ainda que isto 66 custe não distribuir um direito justo. Enfim, o juízo moral não duvida entre o justo e o legal e escolheremos sempre a letra fria da lei, ao passo que o juízo ético não duvida em escolher o justo.

Voltando-se à problemática da responsabilidade alimentar e aos deveres pré-estabelecidos pelo legislador, entende-se que o moralismo é o principal retentor às raízes da letra fria da norma, nem sempre justa, necessitando a ética, ser manipulada pela justiça, a fim de obter-se decisões ponderadas, quando dos elementos fundamentais das relações familiares.

6. A MULHER E A RELAÇÃO DE PODER SOBRE O PATRIMÔNIO

De início é notório que a diferença entre os cônjuges vai muito além de suas representações biológicas. A história, a cultura, a ética e as relações sociais de um modo geral trataram de reconhecer as definições de cada um em cada período.

A descontinuidade na igualdade inicia-se na forma em que são distribuídas as tarefas, por exemplo, segundo Szymanski (2014) a família está constrita em uma fonte que inclui o mito do "dom" materno para educar crianças, destinando assim, às mulheres, a grande carga de responsabilidade desta missão.

Ademais, além deste papel vinculado à educação dos filhos no âmbito doméstico, Poeschl (2016) em um dos estudos abordados em sua pesquisa, levou-se em consideração que a tomada de decisão se dividia entre posições específicas de domínio. As decisões relacionadas à manutenção de atividades domésticas como cuidados com a educação dos filhos ficavam a cargo das mulheres, já os maridos assumiam o domínio inerentes ao lazer e finanças. Estas representações, segundo o autor, são exposições e recortes do poder de decisão entre casais inseridos em uma mesma geração.

Assim, Poeschl (2016), segundo esta compreensão, nota-se que os recursos em suas variadas formas, seja patrimônio, reconhecimento profissional ou formação acadêmica, são diretamente ligados à capacidade na tomada de decisão. Dessa forma, o poderio da classe feminina para igualdade na autoridade das decisões entre gêneros, inicia apenas a partir da década de 70 com a crescente caminhada das mulheres ao mercado profissional.

Isto posto, historicamente, preceitua o advogado especialista em Direito de Família, Rodrigo Cunha Pereira, a justificativa do pensionamento do ex-cônjuge ou companheiro do sexo feminino, está no enredo de que a mulher foi, e muitas vezes continua sendo, a parte economicamente mais frágil, vez que ela muitas vezes pautou a vida no suporte doméstico para educação e criação dos filhos, impossibilitando qualquer aprimoramento no ramo trabalhista competitivo, sendo até mesmo uma das formas de denegrir o trabalho doméstico (PEREIRA, 2018).

Em uma sociedade robustamente patriarcal, o valor é diretamente ligado à força de trabalhos que possa produzir bens e consequentemente auferir renda. Ou seja, na dicotomia família e economia, este último sai ganhando. Assim, o valor atribuído ao trabalho doméstico sempre foi deficiente. Todavia, mesmo que se delegue este trabalho à empregados domésticos, a gestão, zelo e energia ali despendida em pró de filhos com saúde depende da dedicação maior de um dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pais, mesmo que esta função tenha posição de inferioridade ao que trabalha fora do lar (PEREIRA, 2018).

Concomitante, em um mundo multidisciplinar, o ilustre criador da técnica de Comunicação Não Violenta, a fim de demonstrar os pesadelos de não expressar sentimentos e necessidades, consegue internalizar essa relação de poder quando as mulheres negam seu direito legítimo de cuidar de interesses que vão além do ambiente doméstico, buscando explicar que:

> Num mundo onde somos frequentemente julgados severamente por identificarmos e revelarmos nossas necessidades, fazer isso pode ser bastante assustador. As mulheres, em especial, estão sujeitas a críticas. Durante séculos, a imagem da mulher amorosa tem sido associada ao sacrifício e à negação de suas próprias necessidades, com o objetivo de cuidar dos outros. Devido ao fato de as mulheres serem socialmente ensinadas a considerar o cuidado com os outros como sua maior obrigação, elas muitas vezes aprenderam a ignorar as próprias necessidades. (ROSENBERG, 2006, p. 88)

Neste passo, entende-se que a sociedade impõe uma divisão de tarefas que durante muito tempo, com resquícios, foi responsável pelo mantimento da mulher no meio doméstico impossibilitando-a de criar condições de vida adequadas à independência fora da relação de poder estabelecida antes da dissolução conjugal.

7. DA POSSIBILIDADE E IMPORTÂNCIA DOS ALIMENTOS FRENTE À PREVISÃO DA CULPA E VANTAGEM DA UNIÃO ESTÁVEL

Inicialmente, vale destacar como funciona as engrenagens da fixação de alimentos. Silva Pereira (2018) consolidou além dos requisitos fortalecidos pelo biônimo possibilidade e necessidade, a proporcionalidade, reciprocidade, caracteres, impenhorabilidade, imprescindibilidade, inacessibilidade e irrepetibilidade.

Tratando-se dos dois primeiros, devido sua importância prática no mundo jurídico exteriorizado, tem-se que a necessidade está voltada à incapacidade, não importando qual seja ela, como o desemprego e a dificuldade de subsistência, salvo quando não enxergado alicerce na lei diante evidente imoderação de gastos.

Já a possibilidade está na situação em que se ampare determinado ente sem eminente desfalque ou prejuízo à própria subsistência, descartando o sacrifício para se manter uma posição social de outrem.

Salienta-se, conforme proeminente no enunciado 573 da VI Jornada de Direito Civil, além de realizar prova do binômio necessidade e capacidade

(possibilidade) prevista no §1º do art. 1694 do Código Civil de 2002, a prova não está condicionada a simples demonstração de rendimentos, mas à riqueza avaliada ao modo público de vida do alimentante.

> Destaca-se o Enunciado 573 da VI Jornada de Direito Civil do STJ, que determina que devem ser observados os sinais exteriores de riqueza na apuração da possibilidade do alimentante, nas hipóteses de ausência ou insuficiência de prova específica dos rendimentos reais do alimentante. A lógica é: os sinais exteriorizados do padrão de vida do devedor de alimentos revelam seu real poder aquisitivo, muitas vezes diverso da renda declarada. (Op. Cit. 2016, p. 502):

Ademais, antes de se realizar qualquer distinção ou cair na tentação de estigmar quem demanda alimentos, imprescindível interpretar que a Constituição não só estabeleceu que todos são iguais perante a lei, mas também que as obrigações e direitos dos homens e mulheres são equiparados (BRASIL, 1988. Art. 5.º, I). Em aliança, reafirmando a isonomia até mesmo no Direito de Família, a Carta Magna não deixou de reafirmar os direitos e deveres da sociedade conjugal previstos na legislação pátria (BRASIL, 1988. Art. 226 § 5.º)

Nesse seguimento, ao gerar deveres recíprocos aos membros da família, a solidariedade familiar é um dos principais alicerces de proteção social. Explica a doutrinadora da área que toda essa proteção voltada à família pode estar associada à possibilidade do Estado se safar:

> Do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (BRASIL, 1988. Art. 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (BRASIL, 1988. Art. 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (BRASIL, 1988. Art. 230) – DIAS, 2016, p. 79.

SILVA PEREIRA (2018), concordando com a afirmação, discorre que o indivíduo com deficiência em se manter não é deixado à própria sorte, tendo a sociedade, órgãos públicos e o Poder Público em geral o dever de promover a assistência social, no entanto o direito não afastaria a vinculação do próprio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

organismo familiar como principal fonte de ajuda a parente, pessoa civilmente ligada e necessitados, dependendo não somente da generosidade, mas do interesse processual.

No âmbito do casamento, esta mesma tentativa está consagrada no princípio da comunhão e obrigação alimentar dos artigos 1.511 e 1.694 do Código Civil de 2002.

> Art. 1.511. O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.
>
> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Assim, Dias (2016), conclui que os integrantes da família são, em regra, reciprocamente credores e devedores de alimentos. A imposição de tal obrigação entre parentes representa a concretização do princípio da solidariedade familiar.

Ocorre que, a partir da fenda que divide a paz e a felicidade conjugal, na dissolução, em algumas situações, homem e mulher travam embate prejudicial que tende ao desamparo e a busca de um culpado, tendo o judiciário em determinadas oportunidades, com resquícios da ação de perquirir culpa, em parte abolido pela já citada Emenda Constitucional nº 66, aceitado restringir os alimentos à subsistência conforme regra de exceção do parágrafo único do art. 1.704 ou §2º do art. 1.694 do Código Civil de 2002, sendo a diferença substancial e quantitativa.

Assim, segundo Dias (2016), em referência a obra de Maria Antonieta Pisano Motta, além dos fatos e dos relatos, as separações acarretam perdas emocionais, lutos afetivos pela morte de um projeto a dois, pelo fim dos sonhos acalentados e não realizados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar do incólume no ordenamento jurídico estar apenas na definição da culpa quanto à fixação de alimentos, existe ainda uma diferenciação do tratamento entre cônjuge casado e união estável, amplamente denunciada pela doutrina:

> Em vez de os alimentos garantirem a mantença da condição de vida do ex-cônjuge, podem ser fixados em montante a permitir-lhe exclusivamente o atendimento do mínimo vital. Porém, quando a origem do encargo alimentar decorre de um relacionamento estável, não há dita limitação. O convivente, ao acionar o ex-companheiro, não está sujeito a questionamentos sobre sua eventual culpa pelo fim da união. Exclusivamente o cônjuge estaria sujeito ao risco de sofrer o achatamento do valor dos alimentos e os ver limitados a assegurar somente sua sobrevivência. Na união estável, como nada é perquirido a respeito da postura dos conviventes, os alimentos sempre seriam fixados de forma a permitir que o ex-parceiro viva de modo compatível com a condição social que usufruía durante a vida em comum. (DIAS, 2010, p. 4).

No mesmo sentido, independentemente de reconhecer os deveres explícitos e implícitos na lei civil da união estável, retroagindo a culpa apenas aos conjugues, há doutrinador que estabelece uma vantagem entre ex-companheiro(a), não enxergando nenhum óbice quanto à petição de alimentos entre companheiros da união estável independente do ato de constrangimento por dar causa ao fim do relacionamento:

> [...] não deve ser considerada a culpa na união estável, porque o art. 1.704 do Código Civil de 2002 só cogita de sua repercussão entre os cônjuges, não sendo lícito, portanto, restringir direitos quando a culpa do § 2º do art. 1.694 do Código Civil não corresponde à causa da ruptura. (SILVA PEREIRA, 2018, p. 542)

Desse modo, sopesado os interesses econômicos com as necessidades e capacidades trazidas pelo §1º do art. 1.694 do Código Civil de 2002, e outros requisitos calcados, verifica-se que a doutrina delata o afastamento da eficiência excetuada art. 1.704 e §2º do art. 1.694 do Código Civil de 2002 para os companheiros em desvinculação à união estável, sendo na visão moderna, uma imperfeição a ser superada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

8. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS, PENSÃO ALIMENTÍCIA COMUM E RESPONSABILIDADE CIVIL

Considerando que na dissolução conjugal emerge-se desequilíbrios, há de se considerar o tempo de duração de cada convivência conjugal antes da fixação de alimentos, em maior parte, provisórios, especialmente voltada à aplicação ou não do art. 1704 do Código Civil de 2002 sob preceitos constitucionais mais relevantes.

> O desfazimento de um casamento ou união estável, especialmente aqueles que se prolongaram no tempo, e tiveram uma história de cumplicidade e cooperação, não pode significar desequilíbrio no modo e padrão de vida pós-divórcio e pós-dissolução da união estável. As normas jurídicas que dão suporte e autorizam a pensão compensatória advêm dos princípios constitucionais da igualdade, solidariedade, responsabilidade e dignidade humana. (PEREIRA, 2018).

Em síntese, os alimentos compensatórios são diferentes do alimento comum, uma vez que esses devem fidelidade a sua natureza reparatória e compensatória, diferente desta que é eminentemente assistencial. O art. 924 do Código Civil de 2002, designa que "aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo", sendo assim, o fundamento dos alimentos compensatórios objetivam reequilibrar desvantagens e desigualdades socioeconômicas instaladas em razão do fim da conjugalidade.

A pensão alimentícia compensatória se difere da pensão alimentícia comum, em razão da sua natureza reparatória e compensatória de diferenças que vão além da natureza assistencial da pensão alimentícia comum. O seu fundamento e a sua natureza é a de reparar o desequilíbrio econômico entre os ex-cônjuges, ou ex-companheiros, para que se dissolvam as desvantagens e desigualdades socioeconômicas instaladas em razão do fim da conjugalidade, não podendo nesta espécie prever a subjetividade da culpa, mas tão somente a responsabilidade civil contratual proveniente do casamento ou união estável, extinguindo-se apenas com a morte ou queda relevante da possibilidade ou fato superveniente à análise da necessidade que influem em realidades isonômicas, ou (PEREIRA, 2018).

A ideia dos alimentos compensatórias é progressivamente criada pela doutrina instituindo que o ex-cônjuge ou ex-companheiro, face a sua capacidade econômica, é apontado para manter o equilíbrio da condição social do outro. Pode perdurar até que o impacto do divórcio seja superado. Na prática, pode ocorrer quando um dos pares não mear bens, por característica inerente ao regime de bens,

ou acordo, bem como na conjetura em que os rendimentos dos bens continuam a ser administrados apenas por um deles (PEREIRA, 2018).

Em contrapartida, a advogada e também especialista, Silva (2018), adota o pensamento de que, em verdade, a culpa garantiria apenas o indispensável à sobrevivência estipulada por uma cesta básica, com fundamento nos descumprimentos dos deveres conjugais, tendo diferentes formas de sanções civil, como a própria reparação por danos morais do art. 186 e a perda do sobrenome conjugal do art. 1.578, ambos do Código Civil de 2002.

Assim, a advogada, Silva (2018) considera que a sociedade conjugal não passa de uma relação jurídica que em sua constituição gerador de deveres e condutas a serem seguidas, o descumprimento, independentemente da motivação subjetiva, acarreta sanções civis, como, pertinente ao objeto, à perda da pensão alimentícia previamente fixadas.

Em síntese, a posição tradicional de Silva (2018), é incapaz de negar a eventualidade da decretação de culpa na dissolução do casamento, posto que teria projeções diretas a eficácia das normas de conduta, passando a serem meras recomendações, seja por meio dos então deveres de fidelidade, respeito à integridade física e moral do cônjuge bem como a mútua assistência imaterial e material inscrita no art. 1.566 do Código Civil de 2002.

Demonstrado o impacto no mundo jurídico que a definição da culpa causa, Monteiro e Silva (2018), consideram que há entendimentos jurisprudências e doutrinários diuturnamente tentando eliminar a culpa do ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, estes fundamentos seriam equivocados pois contaminam a sua finalidade no direito pelo entrave da responsabilidade civil recepcionada pela culpa e inobservância ao livre arbítrio de uma norma de conduta da ciência do direito.

Com isso, o instituto dos alimentos compensatórios visa tão somente um reequilíbrio da condição social frente ao que se perdera com a previsão da culpa e limites à subsistência já tratados, não podendo restar prejudicada a visão de que, por outro lado, existe a responsabilidade civil diante os infringimentos dos deveres conjugais na forma de possível compensação por danos morais.

9. A JURISPRUDÊNCIA E A MANUTENÇÃO DA CULPA

Em recente julgamento da apelação 0303856-50.2014.8.24.0005 pela 4ª Câmara de Direito Civil do TJSC, julgamento em 18/05/2018, restou clara a intenção do juízo através do voto do relator em dificultar e superar a culpa no conhecimento da obrigação alimentar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em consulta pública ao TJSC, motivada pela divulgação do acordão pelo banco de jurisprudências do Jusbrasil, no caso concreto da lide processual citada no parágrafo anterior, o apelante, esposo, insurgiu-se contra decisão de 1ª instância afim de combater as verbas alimentícias fixadas à esposa, alegando descumprimento dos arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil de 2002. Nesta feita, em análise de mérito, o voto do relator Rodolfo Tridapalli no qual negou acolhimento do recurso de apelação de nº 0303856-50.2014.8.24.0005, acordado por unanimidade em acordão proferido pela 4ª Câmara de Direito Civil, com julgamento em 18/05/2018, fez a seguinte ressalva:

> Independentemente das teses infirmadas, uma vez que não houve revogação dos arts 1702 e 1704 do Código Civil, os quais permanecem vigentes, aprecio a tese de culpa pelo rompimento da união conjugal, formulada pelo Apelante, e delimito a análise de tal matéria no que concerne a fixação de verba alimentícia entre cônjuges, uma vez que o caso não envolve insurgência contra a declaração judicial de divórcio, mas sim, sobre a obrigação alimentar.
>
> Pois bem. Alega, o Apelante, culpa do cônjuge virago, ora Apelada pela separação e divórcio das partes, tudo com fito de buscar a exoneração dos alimentos judicialmente fixados na sentença a ser revisada. Razão não lhe assiste. Sem delongas, o conjunto probatório evidencia, de forma satisfatória que o fim do matrimônio realizado entre as partes se deu em razão de sérias agressões físicas e verbais perpetuadas pelo Requerido, ora Recorrente, contra a requerente, ora Recorrida.
>
> Diante tal cenário, conclui-se pela existência de grandes evidências de que, na realidade, a culpa pelo término do matrimônio recai sobre o cônjuge varão, ora Recorrente, o qual não poderá valer-se da previsão contida no art. 1704 do Código Civil de 20002, para eximir-se da obrigação alimentar determinada na sentença. Assim, superada a discussão acerca da culpa pelo divórcio, tem-se que os fundamentos para a extinção ou minoração da pensão alimentícia em análise devem pautar-se no deve familiar de mútua assistência, bem como na conhecida proporcionalidade do binômio necessidade/possibilidade, de acordo com os recursos da pessoa obrigada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Em que pesem os argumentos lançados pelo Apelante, tenho que não há condições de, no contexto dos autos, reverter-se o decisório. Isso ocorre porque as partes constituíram matrimônio no ano de 1976 (fl. 44), vindo a separar-se no ano de 2014, de modo que o cônjuge virago possui atualmente 61 anos de idade, tendo convivido maritalmente por 38 anos sem exercer atividade remunerada, dedicando-se totalmente À família, de modo que sequer realizou contribuição social para aposentadoria. Somado a isso adquiriu problemas de saúde, mas especificamente na coluna (fls. 1417). Dessa forma, é notório que diante da idade avançada e da saúde debilitada, a Apelada não detém condições de adentrar no mercado de trabalho. (TJSC, 2018, on-line).

Observa-se que, apesar de excluir a análise da culpa na decretação do divórcio, o que já é de comum acordo pela doutrina e pelos tribunais, e de não ter conhecido a culpa da esposa, mas sim o contrário, do marido, ora apelante, que tentou afastar a obrigação alimentar, a culpa foi analisada e não simplesmente afastada de plano como se esperava por progressistas doutrinários.

De toda forma, conforme, verifica-se que a dificuldade de inserção no mercado de trabalho e outros efeitos práticos da dedicação exclusiva ao lar, mostrou-se principal base investigação do Direito impendentemente da análise da culpa expressamente atribuída ao parágrafo único do art. 1.704 ou §2º do art. 1.694 do Código Civil de 2002. Vertendo essa realidade, averigue o acordão proferido na apelação Cível nº. 0307322-50.2014.8.24.0038, de Joinville, com relatoria do Desembargador Raulino Jacó Bruning da 1ª Câmara de Direito Civil, com julgamento em 25 de janeiro de 2018:

> Apelação cível. Ação de divórcio e alimentos. Sentença de procedência que fixou em 11,25% dos rendimentos do obrigado do encargo alimentar devido pelo réu à virago. 1. Recurso da demandante. 1.1 verba alimentar entre ex-cônjuges. Dever de mútua assistência. Exegese dos artigos 1.694 e 1.695 do código civil. 1.2 partes idosas que contam 62 e 63 anos de idade e foram casadas pelo período de 28 anos. Requerente que, durante o relacionamento dedicou-se aos cuidados do lar e da família composta por marido, esposa e 4 filhas. 1.3 réu revel aposentado e que exerce atividade de caminhoneiro. 1.4 autora que atualmente faz serviços informas de costura e vendas de balas e obtêm rendimento mensal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> médio de R$ 400,00. Estado de necessidade da pretendente ao encargo comprovado. 1.5 valor equivalente a 15% dos ganhos percebidos pelo varão que melhor se adequa às peculiaridades dos casos. 2. Recurso conhecido e parcialmente provido. "É fato incontroverso que os alimentos entre os esposos é direito cada vez mais escasso nas demandas judiciais especialmente em decorrência da propalada igualdade constitucional dos conjugues e gêneros sexuais, reservada a pensão alimentícia para casos pontuais de real necessidade de alimentos, quando o cônjuge ou companheiro realmente não dispõe de condições financeiras e tampouco de oportunidades de trabalho [...]" (ROSA, Corado Paulino da. Curso de direito de família contemporâneo. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 4194020. (TJSC, 2018, on-line).

Em continuidade, permeou na imprensa nacional, no ano de 2019, que o STJ teria criado tese oposta à manutenção da pensão alimentícia ao cônjuge infiel no Agravo em Recurso Especial n. 1.269.166 – SP, corrigindo o silêncio da lei em definir as hipóteses de indignidade do art. 1708, parágrafo único, do Código Civil, fazendo constar a infidelidade.

Ocorre que, com um olhar apurado, a Corte Superior sequer analisou o mérito do caso concreto, proferindo decisão monocrática, por meio da Ministra Relatora, apenas no sentido de vetar processamento do Recurso Especial com fundamento na incongruência da possibilidade de reexame de provas (Súmula 7 do STJ) e pela ausência do dissídio jurisprudencial, mantendo incólume o acórdão originário do TJSP. Perceba a decisão proferida pela relatora e ministra Maria Isabel Gallotti:

> Trata-se de agravo contra decisão que negou seguimento a recurso especial interposto em face de acórdão assim ementado:
>
> 'Indignidade. Cônjuge. Infidelidade Virtual. Comprovação. Cessação da Obrigação Alimentar. Procedência do Pedido. Litispendência. Pressuposto Processual Negativo. Correlação com ação de separação judicial. Impossibilidade. Ausência de identidade entre os elementos identificadores da ação. Efeitos diversos. Extinção afastada. Julgamento do mérito, nos termos do art. 515, § 3°, do CPC. Indignidade. Cônjuge. Reconhecimento. Infidelidade virtual comprovada nos autos. A ré manteve relacionamento afetivo com outro homem durante

> o casamento. Troca de mensagens eletrônicas de cunho amoroso e sentimental. Caracterização de infidelidade, ainda que virtual. Ofensa à dignidade do autor. A infidelidade ofende a dignidade do outro cônjuge porquanto o comportamento do infiel provoca a ruptura do elo firmado entre o casal ao tempo do início do compromisso, rompendo o vínculo de confiança e de segurança estabelecido pela relação afetiva. A infidelidade ofende diretamente a honra subjetiva do cônjuge e as consequências se perpetuam no tempo, porquanto os sentimentos negativos que povoam a mente do inocente não desaparecem com o término da relação conjugal. Tampouco se pode olvidar que a infidelidade conjugal causa ofensa à honra objetiva do inocente, que passa a ter sua vida social marcada pela mácula que lhe foi imposta pelo outro consorte. Mesmo que não se entenda que houve infidelidade, a grave conduta indevida da ré em relação ao seu cônjuge demonstrou inequívoca ofensa aos deveres do casamento e à indignidade marital do autor. Indignidade reconhecida. Cessação da obrigação alimentar declarada. Procedência do pedido. Recurso provido.'
>
> (...)
>
> O dissídio jurisprudencial, a seu turno, não foi comprovado. A agravante junta ementa do julgado colacionado como paradigma, mas não indica nenhuma circunstância a fim de demonstrar a semelhança do caso com o acórdão recorrido. Ausente o necessário cotejo analítico, não há que se falar em divergência. Em face do exposto, nego provimento ao agravo. (STJ, 2019, on-line).

Destaca-se que muitos doutrinadores são completamente contrários ao conceito de traduzir a infidelidade como procedimento indigno. Segundo parte da doutrina o conceito de indignidade que o legislador buscou punir o credor de alimentos no art. 1.708, parágrafo único:

> deve ser buscado nas causas que dão ensejo ou à revogação da doação (CC 557) ou à declaração de indignidade do herdeiro para afastar o direito à herança (CC 1.814). A postura indigna tanto impede a concessão dos alimentos como serve de justificativa para pleitear a exoneração. (DIAS, (2016, p. 1019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, como a indignidade previstas nos institutos da doação e da herança são relacionadas à violência, calúnia e homicídio, bem como o STJ não analisou o mérito da matéria, não resta pacífica a cessação da pensão alimentícia pela infidelidade tomada como causadora da dissolução.

Por conseguinte, nota-se que o embate jurídico está distante de uma conclusão segura, uma vez que o achatamento da pensão ou, em outras palavras, perda de parte do que seria devido pela decretação da culpa, continua sendo eminente. De toda forma, com alguns dos julgados em questão, acredita-se que a magistratura tenta ao máximo se aproximar do que se denomina por justiça, uma vez que casos pontuais de necessidade não são desassistidos por completo.

10. CONCLUSÃO

Grosso modo, ao perdurar na legislação ordinária a possibilidade de imputação de culpa atrelada à limitação ou cessação de alimentos a ex-cônjuges, nota-se um verdadeiro arcabouço de possibilidades e angústias, ainda com técnica de resolução timidamente criada pela jurisprudência ou doutrina.

Concluiu-se que apesar da aparência da Emenda Constitucional nº. 66/2010, facilitar o divórcio sem análise da culpa, rigorosamente, percebe-se a cumulatividade do pleito da dissolução com a opção da discussão da culpa nas ações envolvendo obrigação alimentar, martelando assim o martírio, em maior parte, carregado pela mulher, à finalidade da divisão entre alimentos civis e naturais, sendo esse a regra e este condição de exclusão aos padrões convencionais e justos.

Dessa forma, é indispensável que haja uma consolidação das ideias que expurguem a análise da culpa também na obrigação de alimentos, fortalecendo a doutrina do Estado Mínimo e garantindo a segurança jurídica da regra geral, ou que se crie dispositivos claros, sem lacunas, para evitar punição em casos concretos em que haja outros elementos a serem analisados, como a própria culpa recíproca, a inversão, responsabilidade pela dificuldade de inserção no mercado de trabalho, simples desvencilho morais de deveres matrimoniais e indignidade com os rígidos critérios da doação e outros.

11. REFERÊNCIAS

_____. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. In **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Alimentos e culpa.** Disponível em: <https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/500-alimentos-e-culpa-consideracoes-acerca-do-2-do-art-1-694-e-do-parag rafo-unico-do-art-1-704-do-cc.html>. Acesso em: 26 de março de 2020.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2020.

CUNHA, Rodrigo Pereira. **Princípios Fundamentais E Norteadores Para a Organização Jurídica da Família**. 2004. 157 f. Tese (Doutrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. Curitiba, Paraná, 2004. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**, São Paulo. 11ª Ed. Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Alimentos sem culpa**, 2010. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_538)2__alimentos_sem_culpa.pdf>. Acesso em: 14 de março de 2020.

FERREIRA, Ivan Bortolin. **Pensão Alimentícia no Divórcio: da Inexistência da Culpabilidade a Análise Ética do Caso Concreto**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 10 out 2020. Disponivel em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51356/pensao-alimenticia-no-divorcio-da-inexistencia-da-culpabilidade-a-analise-etica-do-caso-concreto>. Acesso em: 10 outubro de 2020.

GALLOTI, Isabel. **Quarta Turma define que separação judicial ainda é opção à disposição dos cônjuges**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-03-22_08-43_Quarta-Turma-define-que-separacao-judicial-ainda-e-opcao-a-disposicao-dos-conjuges.aspx_>. Acesso em: 13 de abril de 2020.

LIMA, Telma Cristiane Sasso de Lima; MIOTO, Regina Célia Tamoso. **Procedimentos metodológicos na construção do conhecimento científico:** a pesquisa bibliográfica. Rev. Katálysis vol.10 nº. spe Florianópolis, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-49802007000300004&script=sciarttext>. Acesso em: 06 de maio de 2020.

MONTEIRO, W. B.; SILVA, R. B. Curso de Direito Civil, 2. Direito de Família. São Paulo, Editora Saraiva, 2016, 43ª edição.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2018, 26º edição.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias. **Alimentos Naturais para Ex-Cônjuge ou Parentes Culpados**. Consultor Jurídico, Brasilia-DF: 10 out 2020. Disponivel em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/direito-civil-atual-alimentos-naturais-ex-conjuge-ou-parentes-culpados>. Acesso em: 10 outubro de 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Ex-cônjuge tem direito à pensão alimentícia por não ter condições de inserção no mercado de trabalho**. Disponível em: <http://www.rodrigodacunha.adv.br/ex-conjuge-tem-direito-pensao-alimenticia-por-nao-ter-condicoes-de-insercao-mercado-de-trabalho/>. Acesso em: 26 de abril de 2020.

POESCHL, Gabrielle. **Relação de poder entre cônjuges e representações sociais das estratégias de influência no casal**. Revista Crítica de Ciências Sociais (SCIELO) nº. 111 Coimbra dez. 2016 Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2182-74352016000300005> Acesso em: 06 de março de 2020.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta**. São Paulo. 2ª Ed. Editora Agora. 2006.

STJ. Agravo em Recurso Especial: 1.269.166 SP 2018/0064652-9. Relatora: Maria Isabel Gallotti. DJ: 01/02/2019. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/226506918/stj-01-02-2019-pg-7146?ref=previous_but ton>. Acesso em: 02 de junho. 2019.

SILVA, Regina Beatriz Tavares. **Culpa por descumprimento de dever conjugal gera perda do direito à pensão alimentícia**. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/culpa-por-descumprimento-de-dever-conjugal-geraperda-do-direito-a-pensao-alimenticia/>. Acesso em: 26 de abril de 2020.

SZYMANSKI, Heloisa. **Práticas educativas familiares**: a família como foco de atenção psidoeducacional. Estud. psicol. (Campinas) vol. 21 nº. 2 Campinas May/Aug. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103166X2004000200001> Acesso em: 06 de abril de 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: 0307322-50.2014.8.24.0038. Relator: Raulino Jacó Bruning. DJ: 25/01/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583520954/apelacao-civel-ac-30385650201482400 05-balneario-camboriu-0303856-50201482400 05/inteiro-teor-583521005>. Acesso em: 02 de junho. 2019.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível: 0303856-50.2014.8.24.0005. Relator: Rodolfo C. R. S. Tridapalli. DJ: 18/05/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://tjsc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583520954/apelacao-civel-ac-303856502014824 0005-balneario-camboriu-0303856-502014824 0005/inteiro-teor-583521005>. Acesso em: 02 de junho. 2019.

NOTA:

[1] Doutor em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins, atuante nas disciplinas de Direito de Família, Direito de Sucessões, Orientação de TCC I e II, Direito de Contratos, Direito das Coisas e Responsabilidade Civil. Advogado militante no Estado do Tocantins desde 1997. E-mail: airtonschutz@catolica-to.edu.br.

www.conteudojuridico.com.br

PARÂMETROS SOBRE O LUCRO REAL NA ATIVIDADE FISCAL FRENTE AO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL

RHUAN CARLOS DUARTE MARTINS: Advogado; graduado em Direito no Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC; especialista em Direito Tributário e Gestão Empresarial na Fundação Getúlio Vargas.

RESUMO: As empresas do ramo de construção civil como impulsionadoras do mercado interno demandam uma e especial atenção no tocante aos seus possíveis regimes tributários, a fim de que se possibilidade, ao lado de uma adequada gestão, o barateamento da atividade e fortalecimento das camadas populacionais que demandam uma regularização fundiária, além da inegável geração de emprego. O vertente trabalho científico, a par dessa situação, visou esse aspecto mercadológico em paralelo com esses relevantes fatores jurídicos, a fim de auxiliar o tributarista no planejamento tributário da atividade de incorporações.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo, Direito Tributário, Lucro Real, Planejamento Tributário e Construção Civil.

ABSTRACT: Civil construction companies as drivers of the domestic market demand a special attention with regard to their possible tax regimes, in order to make it possible, along with adequate management, to make the activity cheaper and strengthen the population layers that demand it. land tenure regularization, in addition to the undeniable generation of jobs. The scientific work aspect, along with this situation, aimed at this marketing aspect in parallel with these relevant legal factors, in order to assist the tax agent in the tax planning of the incorporation activity.

KEYWORDS: Tax, Tax Law, Real Profit, Tax Planning and Civil Construction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. **Lucro Real: 2.**1. Reflexão sobre Reconhecimento do Lucro Real de acordo Instrução Normativa nº 84 de 20 de dezembro de 1979, da Secretaria da Fazenda Nacional. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

O planejamento tributário direcionado às empresas de construção civil busca incrementar a atividade, fortalecendo o seu caixa com sensíveis economias. Muitas vezes isso não é possível. Mas avanços favoráveis são celebrados, à guisa de exemplificação, a adoção do lucro real ou presumido.

O presente artigo visa delinear o lucro real como uma vantagem competitiva para este segmento da economia, cuja carga tributária pode alcançar margens expressivas.

O foco é, pois, verificar a viabilidade da construção civil para que reste mantida e apta a impulsionar a economia e gerar riqueza para os entes diretamente envolvidos.

Tal intento será obtido por meio de um planejamento tributário adequado associado a uma contabilidade gerencial que assegure a sua escrituração. Consoante obtempera MARTINEZ[1]:

> "Esse conjunto de instrumentos jurídicos prescritivos que regulam a técnica contábil pode, com finalidades didáticas, ser classificado como um ramo próprio do Direito, sendo definido a priori pelo fato de tais instrumentos terem um objeto comum: a normatização da técnica contábil. É possível dizer que o Direito Contábil, "segmento" do Direito, tem como conteúdo a ordem normativa que trata da linguagem contábil (conhecimento contábil) juridicizada".

O desgaste pela falta de gestão, organização e adequação ao sistema vigente, representa um risco para existência da empresa incorporadora, por isso, especialmente sob o aspecto tributário, é mister investigar situações que permitam recuperar o fôlego empreendedor, que é ínsito à sua atividade.

O tema em destaque será analisado sob a ótica legal, concentrando esforços científicos relacionados às empresas construção civil.

2 LUCRO REAL

O Regulamento do Imposto de Renda determina que o lucro líquido apurado deverá ser ajustado pelas adições de despesas não-dedutíveis e exclusões de receitas não-tributáveis, a exemplo de brindes, descontos condicionais, multas, descontos incondicionais, vendas canceladas, dentre outras.

De acordo com OLIVEIRA[2], o conceito de lucro real é:

> "Contabilmente falando, pode-se concluir que o lucro real é aquele realmente apurado pela contabilidade, com base na completa escrituração contábil fiscal, com a estrita e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

rigorosa observância dos princípios fundamentais de contabilidade e demais normas fiscais e comerciais."

Conforme se depreende da citação alhures, o lucro real é o regime tributário que é apto às pessoas jurídicas que possuem um detido sistema contábil, com registro minucioso da atividade comercial, fiscal e patrimonial. Mas também estão obrigadas ao regime do lucro líquido as empresas imobiliárias que ainda não concluíram suas operações e que ainda estão pendentes de conclusão do custo orçado, que é uma modalidade contábil dos custos futuros de conclusão de obras.

É possível a opção pela apuração trimestral ou anual do lucro líquido, realizado com base em estimativas apresentadas ao fisco regularmente, nos moldes da legislação tributária Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996[3].

2.1 Reflexão sobre Reconhecimento do Lucro Real de acordo Instrução Normativa nº 84 de 20 de dezembro de 1979, da Secretaria da Fazenda Nacional.

Esta atividade imobiliária, decorrente igualmente da construção civil, possui sua regulamentação no que concerne à tributação do Imposto de Renda da Pessoa Jurídica definida na IR nº 84/79,[4] e tem o título "I.R. – Lucro nas Atividades de Compra, Venda, Loteamento, Incorporação e Construção de Imóveis – Normas Para Apuração e Tributação".

A ideia precípua da legislação fiscal é fazer com que o contribuinte recolha os impostos sobre a renda (IR e CSSL) que tenha sido auferida em dinheiro. Mas a citada Instrução Normativa não ofertou ao contribuinte (empresas de construção civil) a possibilidade de uso do Livro de Apuração do Lucro Real para realização do equilíbrio das contas nos moldes vigentes da contabilidade fiscal. Ou seja, a escrituração da construção civil é feita em duplicidade: um para o fisco e uma para a contabilidade geral (escrituração comercial). Nessa perspectiva, há uma distorção entre a realidade e as escriturações.

Na prática, a leitura dos balanços e demonstrações divulgados pelas pessoas jurídicas de capital aberto podem não refletir a exatidão das contas privadas, ou seja, o lucro real para o fisco não constitui a verdadeira geração do lucro (a construção em si).

A Instrução Normativa tem ainda o reconhecimento do lucro com base na condição suspensiva que, segundo a doutrina de SEGRETI[5], é importante que seja considerada no contrato de compromisso de compra e venda celebrado entre os contratantes, autorizando o reconhecimento do lucro apenas posteriormente o implemento desta condição. É o que dispõe o seu item 10.2:

> "10.2 – É suspensiva a condição que subordine a aquisição do direito à verificação ou ocorrência do fato nela previsto, tal como cláusula que faça a eficácia da operação de compra e venda dependente de financiamento do saldo devedor do preço, ou a que sujeite essa eficácia à liberação de hipoteca que esteja gravando o bem negociado."

Significa dizer que se o contrato prevê que a transferência da propriedade (ou aquisição dos direitos sobre o domínio) seja apenas após a liquidação do saldo devedor, a construtora civil poderá reconhecer o lucro da venda quando não mais existir possibilidade de anulação ou cancelamento do negócio, evitando que o contribuinte reconheça o lucro antecipadamente e, portanto, diminua sua exposição de caixa.

De acordo com as formas de contabilização previstas na referida Instrução Normativa, a empresa de construção pode optar por reconhecer as receitas contratadas decorrentes da venda de unidade em construção e dos custos incorridos, contratados e orçados no momento em que ela ocorre, ou então quando deixar de existir a condição suspensiva, conforme SEGRETI[6] ensina:

> "Uma venda pode ser considerada realizada quando for contratada a operação de compra e venda, mesmo que por intermédio de instrumento de compromisso de compra e venda, conta de reserva com princípio de pagamento ou qualquer outro documento que represente o compromisso, ou então quando a condição suspensiva a que estiver sujeita essa venda for implementada."

Em síntese, existindo condições suspensivas em vigência, a pessoa jurídica poderá reconhecer o lucro da venda quando ocorrer a entrega e quitação do imóvel.

3 CONCLUSÃO

A justificativa para adoção do lucro real sob o ponto de vista do planejamento tributário é a ideal e responsiva correspondência entre o desempenho da atividade e a carga tributária suportada pela organização. Noutro patamar, a oscilação do mercado enfraqueceria o poder de realização de capital e honra dos passivos a pagar, sujeitando até mesmo uma recuperação judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em se tratando de construção civil, atividade do primeiro setor da economia, a qual é invariavelmente um pilar de sustentação das contas pública, a tributação deve observar um planejamento eficaz, que melhor se adapte ao segmento e, nesse sentido, situações conferidas pelo lucro real, como a ocorrência de fato gerador (sobre o capital efetivamente ingresso) apenas diante dos negócios jurídicos entabulados e que efetivamente geram receita, é uma vantagem inegável a ser perseguida pelo empresário.

Por fim, não deixa de perceber a adoção do lucro real, ou até mesmo do presumido, acarreta um indissociável reflexo do custo de obra e, portanto, do valor do imóvel, fator que deve ser considerado pelas políticas públicas tributárias, o que se sugere que o viés extrafiscal dos tributos ao mercado imobiliário possa oscilar favoravelmente ao contribuinte de fato, aquele que suportará a carga tributária.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996;

MARTINEZ, Antonio Lopo. **A Linguagem Contábil no Direito Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2002;

OLIVEIRA, Luís Martins de et al. **Manual de Contabilidade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003;

RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 84 de 20 de dezembro de 1979. Secretaria da Fazenda Nacional;

SEGRETI, João Bosco. **Análise dos efeitos da Instrução Normativa S.R.F 84/79 na apuração do lucro e situação patrimonial das empresas de construção de imóveis para venda.** São Paulo: FEA-USP. Dissertação de mestrado, 1982.

NOTAS:

[1] MARTINEZ, Antonio Lopo. **A Linguagem Contábil no Direito Tributário**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, São Paulo. P. 39

[2] OLIVEIRA, Luís Martins de et al. **Manual de Contabilidade Tributária**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.434 p.

[3] BRASIL. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996

[4] RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 84 de 20 de dezembro de 1979. Secretaria da Fazenda Nacional

[5] SEGRETI, João Bosco. **Análise dos efeitos da Instrução Normativa S.R.F 84/79 na apuração do lucro e situação patrimonial das empresas de construção de imóveis para venda.** São Paulo: FEA-USP. Dissertação de mestrado, 1982.
[6] SEGRETI (1982, p. 15).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO POLICIAL

MARCOS ALTENIR DOS SANTOS LIMA:
Graduando do Curso em Direito no Centro Universitário de Manaus – ULBRA.

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho procura estabelecer um estudo sobre as Garantias Fundamentais do Indiciado no Inquérito Policial, abordando os Direitos e as Garantias Constitucionais que deverão ser ofertadas de forma irrestrita e incondicional no Processo Penal. A metodologia está centrada na pesquisa e coleta de informações de ordem teórica viabilizada, portanto, através de levantamento bibliográfico.

Palavras-Chave: Garantias Fundamentais; Indiciado; Inquérito Policial.

ABSTRACT: The present work seeks to establish a study on the Fundamental Guarantees of the Defendant in the Police Inquiry, addressing the Constitutional Rights and Guarantees that should be offered unrestrictedly and unconditionally in the Criminal Procedure. The methodology is centered on the research and collection of theoretical information made possible, therefore, through bibliographic survey.

Keywords: Fundamental Guarantees; Indicted; Police Inquiry.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo cientifico tem como objetivo analisar e compreender um estudo sobre as Garantias Fundamentais do Indiciado no Inquérito Policial. Observando que no cenário jurídico, a convivência de um Código de Processo Penal abertamente vinculado aos interesses de um modelo de Estado Repressor no exercício do poder de punir e de uma Constituição empenhada em promover a máxima afirmação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, como instrumento de proteção da vida e da dignidade humana, demonstra um verdadeiro abismo jurídico e imensas contradições entre as normas de escalão superior e inferior.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS. 3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCIPIOS. 4. INQUÉRITO POLICIAL; 4.1. Conceito; 4.2. Características do inquérito policial; 4.3. Competência do Inquérito Policial; 4.4.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Formas de Instauração do Inquérito Policial. 5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO. 6 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO. 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS. Referências.

O resultado desse impasse é que o modo de aplicação do processo penal brasileiro desvela a inversão do esquema piramidal, conturbando perversamente a teoria das fontes do direito. A Constituição Federal, por figurar no topo do ordenamento jurídico traça normas orientadoras das demais leis, por seu caráter princípio lógico. Os direitos e garantias aplicáveis ao inquérito policial decorrem, em sua maioria do fundamento da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, o presente estudo abordará os direitos e as garantias constitucionais que deverão ser ofertadas de forma irrestrita e incondicional no Processo Penal, no entanto discute-se a respeito à fase pré-processual, pelo fato de que se coloca duas questões que se contrapõem: de um lado, tornar a fase inquisitorial mais simples e, de outro, assegurar ao investigado todas as garantias processuais.

O intuito deste artigo é apresentar quais os direitos e garantias fundamentais atinentes ao investigado no inquérito policial, tornando a fase inquisitorial mais simples e assegurando todas as garantias fundamentais atinentes ao investigado e, além disso, analisar de que forma devem ser interpretados e observados os direitos e garantias fundamentais do indiciado no inquérito policial, verificar o que as fontes do direito como a lei, a doutrina e a jurisprudência contribuem para essa discussão e identificar quais os direitos e garantias que o investigado por um crime possui.

A contribuição que a pesquisa pode trazer para o tema se justifica em contribuir de alguma forma para que as reflexões acerca do procedimento do "Inquérito Policial" deixem de ser somente um instrumento de "segurança pública" e se transforme num instrumento em favor da Justiça, analisando os direitos e garantias fundamentais atinentes ao investigado.

Desta maneira, o presente estudo tenta destacar a situação jurídica do sujeito passivo no Inquérito, ou seja, o indiciado, mediante os relevantes princípios previstos na Constituição da República de 1988.

2. OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Neste primeiro capítulo iremos abordar sobre os direitos e garantias fundamentais, tendo como base os direitos humanos e a Constituição Federal de 1988, que destinou o título II para aludir sobre os direitos e garantias fundamentais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

visando tratar dos direitos individuais e políticos, assim como os direitos sociais e coletivos.

Devemos ter em mente que conceituar direitos fundamentais não é uma tarefa fácil, pois são empregados a elas várias expressões e interpretações, sendo muitas das vezes conhecido com os codinomes a seguir: direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais e direitos subjetivos.

Segundo o autor José Afonso da Silva (1995), no que se entende por direitos fundamentais deve-se aludir que as "...situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive".

Os direitos e garantias fundamentais é visto e aplicado em todos os ramos que cercam a ciência jurídica. Portanto sua conceituação é gigantesca, mas todos possuem o mesmo sentido de proteção a dignidade da pessoa humana. No que diz respeito o autor Ingo Sarlet (1988) sobre o tema, vejamos:

> "direitos fundamentais na condição de direitos constitucionalmente assegurados possuem uma abrangência em parte distinta dos direitos humanos, seja qual for o critério justificador de tal noção, por mais que exista uma maior ou menor convergência entre o catálogo constitucional dos direitos fundamentais e o elenco de direitos humanos, convergência que será maior quanto maior a sinergia com os níveis de positivação dos direitos humanos na seara internacional."

Para Bulos (2015, p. 535) ainda sobre o tema "as garantias fundamentais são ferramentas jurídicas por meio das quais tais direitos se exercem, limitando os poderes do Estado". Exemplo disso é o art. 5º da CRFB/1988 incisos XXXV a LXXVII.

Segundo o autor Sunnes (2004) "Os direitos humanos são inerentes ao homem, independentemente de qualquer sistema jurídico. Tais direitos, quando constitucionalizados, são erigidos à categoria de normas fundamentais. " Ou seja, os direitos e garantias fundamentais só pertencem aos seres humanos.

Portanto, os direitos e garantias fundamentais, servirão como base para normais fundamentais e serão usados para orientação de escolhas em decisões importantes e em ações do governo, em qualquer eventual ação e função, sendo elas legislativas, executivas ou jurisdicionais.

Pode-se conceituar que os direitos e garantias fundamentais como "conjunto de normas, princípios declarados que visam a garantir uma vivência pacifica, digna,

justa e humana; sendo intrínseco à soberania, sem distinção de credo, cor, raça que residem ou vivem temporariamente em determinada nação, nacional ou não" (MORAES, 2016).

Sendo assim "as garantias fundamentais são meios assecuratórios para que tais Direitos sejam alcançados. Costuma-se dize na Doutrina que quanto mais Direitos e Garantias tem determinado ordenamento jurídico, mais limitada é a atuação estatal" (MORAES, 2016).

Para Canotilho registra-se uma preferência na utilização do termo direitos e garantias fundamentais, adotado na Constituição Pátria, e uma inclinação à conceituação do autor, para quem:

> Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o 'caráter instrumental' de proteção dos Posteriormente, com a Constituição de 1946, em seu artigo 141, § 31, ficou estabelecida a possibilidade de regulamentação legal sobre o sequestro e o perdimento de bens, em caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (CANOTILHO, 2012, p. 498)

A constitucionalização das garantias fundamentais, nas palavras de Canotilho (2012, p. 498), "consiste na incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário".

Portanto, todo ser humano garante ao nascer seus direitos e garantias individuais, sociais e coletivos, pois, esses direitos e garantias são uma proteção do Estado, que não concede, mas sim, garante. Alguns destes direitos foram criados pelo ordenamento jurídico, outros foram criados através de manifestação da vontade humana, e outros apenas foram reconhecidos nas cartas legislativas.

As principais características dos direitos fundamentais são: Historicidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, inviolabilidade, universalidade, concorrência, efetividade, interdependência, complementaridade (FLÁVIA SILVA, 2006).

Sendo assim, os direitos e garantias fundamentais são oriundos de uma criação histórica e cultural "publicista germânica de Carl Schimitt. Tendo como, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

garantia fundamental é, por essência, limitada. Existe só dentro do Estado e não se baseia na ideia de uma esfera de liberdade, em princípio, ilimitada" (BULOS, 2015).

Vale mencionar, que muitos autores se baseiam para explicar sobre os direitos e garantias fundamentais no ordenamento histórico-cronológico, que constituem as como gerações dos Direitos e garantias Fundamentais, vejamos a ordem dessas gerações:

Os direitos e garantias da primeira geração ou a primeira dimensão inspirada nas doutrinas iluministas e jus naturalistas dos séculos XVII e XVIII: "seriam os Direitos da Liberdade, liberdades estas religiosas, políticas, civis clássicas como o direito à vida, à segurança, à propriedade, à igualdade formal (perante a lei), as liberdades de expressão coletiva, etc" (FLÁVIA SILVA, 2006).

Os chamados direitos de segunda geração ou segunda dimensão: "seriam os Direitos da Igualdade, no qual estão à proteção do trabalho contra o desemprego, direito à educação contra o analfabetismo, direito à saúde, cultura, etc". Essa geração teve força no século XX, pois, ficou conhecido como os direitos sociais, culturais, econômico e coletivos, ou seja, os direitos da democracia, portanto, são direitos objetivos, direitos sem a intervenção do Estado (FLÁVIA SILVA, 2006).

Logo, os direitos de terceira geração ou terceira dimensão, que foram dissertados no século XX: "seriam os Direitos da Fraternidade, no qual está o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, etc" (FLÁVIA SILVA, 2006). Essa terceira geração ficou conhecida como uma geração humana e universal, visto que, prestava-se ao papel de proteger os interesses dos indivíduos, tanto em grupos ou individuais, este tencionava o desenvolvimento, à paz social, o meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade.

Por fim, a quarta geração ou quarta dimensão, que se originou na última década, por causa do desenvolvimento tecnológico: "seriam os direitos da responsabilidade, tais como a promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, à autodeterminação dos povos, promoção da ética da vida defendida pela bioética, direitos difusos, ao direito ao pluralismo etc" (FLÁVIA SILVA, 2006).

A globalização política deu a fase de institucionalização do Estado social. Está ligado a pesquisa genética e biomedicina, com a necessidade de controlar o genótipo dos seres, especialmente o homem.

Em vista disso, as quatro gerações que expressam as ideais de liberdade (direitos individuais e políticos), igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais) e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

fraternidade (direitos da solidariedade internacional), compõem atualmente os direitos e garantais fundamentais.

Portanto, ao apresentar o aspecto de garantia constitucional, o processo requer clareza que vai além do formalismo para atingir a efetividade, a especificidade e a eficácia que dele se almeja como dispositivo de comportamento do direito material, limitando-se no princípio do devido processo legal, subtraindo da cláusula expressa no artigo 5º, inciso LV da Constituição de 1988, espécie do processo justo.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCIPIOS

A Dignidade da Pessoa Humana, está descrita no artigo 1º, III, sendo um dos fundamentos da Constituição República Federativa do Brasil, que possui um ideal mais amplo, compreendendo outros princípios, conforme permite o artigo 5º, §2º da Constituição Federal.

Consoante Sarlet conceitua da seguinte maneira:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos (SARLET, 2014, p. 73)

Para Rizzato Nunes (2015, p. 296) dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

Como foi aludido no capítulo anterior a Magna Carta de 1988 eleva em seu texto o rol de direitos e garantias, com a intuito de garantir à cidadania e à democracia. Desta maneira, o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, o qual prevê que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". (JUSBRASIL)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O termo “devido processo legal” “caracteriza à tradução para o português da expressão inglesa “due process of law”. Law, portanto, significa Direito, e não lei. A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o Direito como um todo, e não apenas em consonância com a lei” (DIDIER, 2011).

E dessa mencionada regra legal que se retira o princípio do devido processo legal, sendo uma garantia constitucional ampla, que se concede a todo individuo, o direito fundamental de um processo justo

É do referido preceito constitucional que se extrai o princípio do devido processo legal, uma garantia constitucional ampla, que confere a todo indivíduo, o direito fundamental a um processo justo e imparcial. Na lição do autor, Lopes Junior (2001):

> O processo, como instrumento para a realização do Direito Penal, deve realizar sua dupla função: de um lado, tornar viável a aplicação da pena e, de outro, servir como efetivo instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, assegurando os indivíduos contra os atos abusivos do Estado. Nesse sentido, o processo penal deve servir como instrumento de limitação da atividade estatal, estruturando-se de modo a garantir plena efetividade aos direitos individuais, constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório, defesa, etc.

Segundo José Afonso da Silva (2005), “o princípio do devido processo legal combinado com o direito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), fecha o ciclo das garantias processuais. ” Sendo assim, assegura que o processo tenha as formas instrumentais adequadas, de forma que a prestação jurisdicional, quando dado pelo Estado, seja justa e cada um receba o que merece.

O contraditório, a ampla defesa e o direito de acesso à justiça são específicos ao devido processo legal, e representam resultados da aplicabilidade desse princípio. Porém, a concretização do devido processo legal, é muito mais amplo, isto porque, é necessário o preenchimento de vários requisitos, sendo eles: “o tratamento paritário conferido às partes envolvidas no processo (art. 5º, I, CPC); a publicidade do processo (art. 5º, LX, CF); a proibição da produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI); a imparcialidade do julgador, bem como a garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII); a motivação das decisões (art. 93, IX); a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII)” (SOUZA, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, todos esses princípios mencionados acima caracterizam o devido processo legal, ou seja, é preciso que todos esses princípios sejam preenchidos para que o devido processo legal seja preenchido.

Como menciona o autor José Baracho (2006), "o direito de ação e o direito de defesa judicial são assegurados aos indivíduos, de modo completo, por toda uma série de normas constitucionais que configuram o que se denomina de "due process of law", processo que deve ser justo e leal".

Assim, no que tange ao cumprimento do devido processo legal, dois princípios são inerentes ao mesmo, o princípio do contraditório e ampla defesa, vejamos sua conceituação.

No que diz respeito ao contraditório, "entendido como a ciência bilateral dos atos do processo com a possibilidade de contrariá-los, é composto por dois elementos: informação e reação, sendo esta meramente possibilitada em se tratando de direitos disponíveis" (CUNHA JÚNIOR, 2011). O contraditório, portanto, configura a oportunidade de resposta do acusado, já a ampla defesa, anda junto com o contraditório, não pode existir ampla defesa sem o contraditório, e vice e versa, na ampla defesa é assegurado ao acusado defender seus direitos em todas as fases do processo e utilizar todos os meios necessários para provar sua inocência.

Além disso, vejamos o que diz a Sumula Vinculante nº 14 do STF:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (**stf.jus**)

Portanto, em se tratando da aplicabilidade do contraditório e ampla defesa no inquérito policial, vale ressaltar que, pelo fato de ser o inquérito um procedimento administrativo, o mesmo não se caracteriza como de fato acusação, mas sim, investigação. Destarte, não há o que se falar de a possibilidade desses dois princípios serem usados na fase de inquérito policial. O que a princípio é contraditório, pois, a sumula vinculante mencionada é explicita ao mencionar a possibilidade do uso.

Para que tenha um estado democrático de direito, é preciso que tenha efetividade no princípio da publicidade, que nada mais é segundo a Constituição da República, em seu inciso LX, do art. 5º, que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem". Logo, a publicidade é a regra, e o sigilo, a exceção, que, de acordo com o art. 5º,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

XXXIII, da Constituição de 1988, deve ser observado quando for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (Jusbrasil, 1988)

Nessa esteira, aproveitando a correlação, destaque-se também o art. 93, IX, da Carta Maior, que consagra o princípio da motivação das decisões, segundo o qual:

> Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (SOUZA, 2012).

Sendo assim, a publicidade é a origem da legitimidade e garantia de controle das decisões judiciais, tanto pelas partes, como pela sociedade. Acerca do princípio do juiz natural, afamado pelo art. 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal, o magistrado não deve ter interesse no litígio, e deve tratar as partes com igualdade. "Em seu aspecto substantivo, o princípio do juiz natural não se satisfaz apenas com o juízo competente e objetivamente capaz: exige imparcialidade e independência dos magistrados" (CUNHA JÚNIOR, 2011).

No que se refere ao princípio da duração razoável do processo, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, tem o objetivo de garantir a todos, principalmente no âmbito judicial, como também no administrativo, a razoável duração do processo, e todos os meios que asseguram celeridade na sua tramitação.

Portanto, no devido processo legal, é preciso que haja a duração razoável do processo, o que não é levado ao pé da letra, pois o processo não precisa absolutamente ser rápido ou veloz, mas que o processo dure o tempo necessário e que seja útil para solucionar as questões que são submetidas ao órgão jurisdicional. Sendo assim, o princípio do devido processo legal requer um processo justo, não somente para aqueles que pertencem ao processo, ou que agem diretamente no processo, porém, para todos que indiretamente exercem funções consideradas essenciais à justiça.

Por fim, ainda em respeito ao contraditório e a ampla defesa, entende o Supremo Tribunal Federal que, no âmbito do processo criminal, a denúncia apresentada pelo Ministério Público deve ser concisa, clara, descrevendo especificadamente a conduta do réu, para que seja possibilitado ao defensor exercer o seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4 INQUÉRITO POLICIAL

4.1. Conceito

O Inquérito Policial é uma ferramenta administrativa inquisitória com o objetivo de apurar a verdade de um fato, e fornece à ação penal os embasamentos necessários para chegar ao acusado do crime. Este procedimento busca a justa causa da acusação por meio do conjunto probatório mínimo, e o objetivo é comprovar a autoria e a materialidade do delito, bem como fundamentar a denúncia ou queixa.

Segundo Reis e Gonçalves (2015, p. 49) "o inquérito policial é um procedimento investigatório instaurado em razão da prática de uma infração penal, composto por uma série de diligências, que tem como objetivo obter elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la contra o criminoso". Nesse caso, os parâmetros do procedimento estão delineados no Art. 144, da Constituição Federal, vejamos:

> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto os militares. (Jus Brasil)

Logo, o inquérito policial tem uma função primordial, visto que engloba os fundamentos necessários para concorrer na elucidação do crime. Todavia, a sua abertura, realização e conclusão expõem questões complexas e que se referem aos contextos de seus estados de origem, mesmo nos casos de crimes muito graves.

Portanto, podemos mencionar que o inquérito policial, é uma atividade específica da polícia denominada judiciária, para apuração das infrações penais e de sua autoria, quando é cometido um delito, deve o Estado, por intermédio da polícia civil, buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal.

Conforme Reis e Gonçalves (2015, p. 49) "uma vez oferecida a denúncia ou queixa-crime o inquérito policial as acompanhará, para que o juiz possa avaliar se há indícios suficientes de autoria e materialidade para recebê-las. " E caso sejam recebidas, o inquérito policial acompanhará a ação penal, ficando anexado aos autos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O inquérito policial é um procedimento que visa o cunho administrativo persecutório, informativo, assim como tem seu caráter inquisitivo, portanto, será feito uma reunião para colhimento de elementos probatórios para poder ter o deferimento das medidas cautelares pelo juiz, como menciona Fernando Capez (2010):

> "O inquérito policial tem conteúdo informativo, tendo por finalidade fornecer ao Ministério Público ou ao ofendido, conforme a natureza da infração, os elementos necessários para a propositura da ação penal. No entanto, tem valor probatório, embora relativo, haja vista que os elementos de informação não são colhidos sob a égide do contraditório e da ampla defesa, nem tampouco na presença do juiz de direito.

Alguns artigos descrevem a importância do inquérito policial no direito, vejamos: Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

> I - De ofício;
>
> II - Mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.
>
> § 1º O requerimento a que se refere o no II conterá sempre que possível:
>
> a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;
>
> b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
>
> c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.
>
> § 2º Do despacho que indeferir o requerimento de abertura de inquérito caberá recurso para o chefe de Polícia.
>
> § 3º Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> § 4º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.
>
> § 5º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Sendo assim, o inquérito policial integra o sistema processual penal brasileiro, ou seja, é um procedimento escrito onde se materializa as investigações realizadas pela polícia judiciária voltadas para a revelação da ocorrência e das circunstâncias de crimes com penas não superior a dois anos e para indicação dos possíveis autores do delito.

Logo, consoante se constata, vale destacar que o inquérito visa carrear elementos de informação. A rigor, elementos de informação se distinguem de prova, isso porque a prova é constituída formalmente quando sua formação perpassa por todas as etapas, em especial, o crivo do contraditório do contraditório perante juízo competente.

4.2. Características do inquérito policial

O Inquérito Policial tem uma característica discricionário, ou seja, os fatos mencionados devem descrever como foi praticado o possível ilícito penal. Logo, é exigido também relação dos fatos com fundamentos jurídicos suficientes para que a ação penal possa ser promovida. Sendo assim, é um procedimento instrumental e informativo, tendo em vista que o Estado o usa para juntar informações, como disposto nos artigos 9º e 13 do CPP:

> Art. 9º. Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.
>
> Art.13. Incumbirá ainda à autoridade policial:
>
> I - fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos;
>
> II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público;
>
> III - cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

IV - representar acerca da prisão preventiva.

Não obstante, o inquérito é acessório, visto que não é uma peça obrigatória do processo. Logo, se o Ministério Publico reunir os elementos que são necessários para dar início a ação penal, este não existira na fase inquisitorial, visto que poderá ofertar a denúncia diretamente, sem a necessidade do procedimento investigativo anterior.

Como o inquérito é uma peça inquisitiva, o delegado de polícia reúne todo o poder para direcionar a fase pré-processual. Sendo assim, o delegado investiga, apura e pesquisa com o intuito de elucidar em que cenário aquele delito teria acontecido, não incumbindo contraditório, nem ampla defesa, pois só existe uma mera investigação em curso, não existindo uma acusação formal.

Além disso, "a autoridade policial deve ter a discricionariedade fundamental para indeferir as diligências requeridas pela vítima ou pelo investigado" (art.14, Código de Processo Penal), visto que, apesar de ter a liberdade de agir para apurar os fatos, está obrigado a agir dentro dos limites legais. "Entretanto, se a prova requerida pela defesa ou pela vítima for de extrema relevância, podendo dirigir o pedido ao Promotor de Justiça ou ao Juiz, que acompanham o andamento do Inquérito. " (SANTOS, Bárbara Rabelo, 2014) se caso um desses julgar viável o pedido, poderá solicitar que o delegado de polícia cumpra a diligência requerida anteriormente. Segundo o art. 20 do CPP, é característica pertinente ao inquérito policial é o sigilo, uma vez que as diligências não podem ser expostas ou exigidas pelo interesse da sociedade, já que têm um caráter prático e operacional.

E por fim, refere-se de peça indisponível, uma vez que somente o juiz poderá arquivar o inquérito, apenas se o Ministério Público, devidamente, fundamentar o motivo para paralisação do procedimento. Assim, o inquérito é arquivado por decisão judicial, levada ao conhecimento do órgão ministerial e do delegado de polícia.

4.3. Competência do Inquérito Policial

A competência para investigar os crimes de típicos é da autoridade policial, sendo esta presidente do inquérito. Segundo o artigo 4° do CPP alude que compete à polícia judiciária apurar as infrações penais, competência que será exercida no território das respectivas circunscrições.

Conforme, o artigo 144 da Constituição Federal, parágrafo 4°, indica que os inquéritos policiais sejam presididos por delegados da polícia civil ou da polícia federal. Compete a eles discernir quais fatos devem ser esclarecidos, como mostra o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

artigo 14 do CPP: "O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. " (JUS BRASIL)

Portanto, vale mencionar, que somente a natureza da infração que irá determinará a distribuição dos inquéritos para as delegacias de polícia da circunscrição.

4.4. Formas de Instauração do Inquérito Policial

Possuem algumas circunstâncias para que o inquérito policial seja instaurado. Portanto, quando delegado toma ciência de um crime, ele deve obrigatoriamente instaurar o procedimento de inquérito policial para averiguar os fatos desse crime e em que circunstâncias aconteceu.

Os incisos I e II do art. 5° do CPP, estabelecem que o inquérito policial deve ser iniciado:

> I - de ofício; II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Desta forma, "se a autoridade policial souber, por meio de suas atividades de rotina, da existência de um crime, terá que ser examinado, para ver se tratasse de crime de ação pública incondicionada. " (Portal educação, 2017)

O inquérito é instaurado variando de acordo com a ação penal de cada caso, vejamos os principais: Nos crimes de ação penal pública incondicionada, a forma de instauração é o de Oficio, que é Renato Brasileiro (2019), "a instauração no inquérito policial de ofício, por força do princípio da obrigatoriedade, que também se estende à fase investigatória, caso a autoridade tome conhecimento do fato delituoso a partir de suas atividades rotineiras, isto é, quando a notícia crime se dá sem que haja provocação de qualquer pessoa. "

Por requisição do Ministério Publico Conforme Renato Brasileiro (2019, p. 89). "Diz o art. 5°, inciso II, do CPP, que o inquérito será iniciado, nos crimes de ação pública, mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público. " Por requerimento do ofendido ou de seu representante legal, neste a vítima, ou quem a represente legalmente, também tem a atribuição de requerer o inquérito policial. Também, ato de prisão em flagrante delito. De acordo com Renato Brasileiro (2019) "A despeito de não constar expressamente do art. 5 do CPP, o auto de prisão em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

flagrante é, sim, uma das formas de instauração do inquérito policial, funcionando o próprio auto como a peça inaugural da investigação. ”

Nos crimes de ação penal pública condicionada quando estivermos debatendo de um delito de ação penal de iniciativa pública condicionada, com base no art. 5° §4° do CPP, Renato Brasileiro (2019) dirá que sequer seria possível a iniciação do IP, sem que houvesse representação da vítima, isto é, “a deflagração da *persecutio ciminis* está subordinada à representação do ofendido, que trará sua intenção de ver apurada a responsabilidade penal do suposto autor da infração ou à requisição do Ministro da Justiça.”

Por fim, nos crimes de ação penal privada descrito no art. 5°, § 5° do CPP, deverá a parte ofendida, ou seu representante legal, requerer a instauração do inquérito policial, estando a autoridade policial obrigada a manifestação de vontade de quem tenha qualidade para tal. Contar-se-á prazo decadencial ao ofendido para demonstrar interesse em intentar o IP e informar sua representação igual a 6 (seis) meses.

5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL BRASILEIRO

Na esfera da constituição federal, o principio adotado com maior ênfase para eficácia plena o princípio-mor de nossa constituição federal: a dignidade da pessoa humana.

Nesta perspectiva que, José Afonso da Silva (2012) diz que a dignidade da pessoa humana “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem. ” Alexandre de Moraes (2006) expressa que “a dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, além de completar:

> a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2006)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Muitos doutrinadores têm precaução ao princípio da dignidade da pessoa humana, principalmente aos aspectos referentes à conceituação, interpretação e aplicação do termo.

Consoante Sarlet (2014, p. 73) conceitua da seguinte maneira:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Em contrapartida, destaca-se que apesar de não ter um conceito fixo da dignidade da pessoa humana, existem características semelhantes a todas as definições: a dignidade é uma qualidade essencial ao homem, que o faz carente de direitos e respeito por parte do Estado e da sociedade, ademais de possuir responsabilidade no desempenho de seus deveres, de forma que se atinja o bem comum com os demais seres humanos.

6 GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDICIADO NO INQUÉRITO

O ordenamento jurídico brasileiro dispõe como pilar de sua estrutura normativa a Constituição Federal de 1988. Portanto, tem-se que todo e qualquer ato normativo que esteja em desconformidade com a Constituição Federal não deverá ser aplicado. Sendo assim, devem ser asseguradas ao indiciado tudo que lhe é devido constitucionalmente, garantindo assim a dignidade da pessoa humana.

Conforme destaca Mirabete (2011, p. 74) "ao Processo Penal também se aplicam as mesmas garantias fundamentais do Processo Civil, especialmente enquanto não estão em jogo à liberdade ou outro direito da personalidade. " Vale ressaltar que em qualquer estudo sobre o direito à jurisdição é sempre necessária uma incursão, ainda que incompleta, no Processo Penal, porque nele se resolvem os mais agudos conflitos entre o Estado e o cidadão e é nele que repercutem em primeiro lugar as transformações políticas do Estado.

Na intenção de que o procedimento processual penal seja aplicado de forma mais justa, o inquérito policial deve a qualquer momento respeitar, ainda em fase

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pré-processual, os direitos e garantias fundamentais inerentes a todo indivíduo, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Tal princípio é disposto como um agregado de valores intrínsecos à sociedade e que devem ser asseverados a todos, de forma que se proporcione o mínimo de condição digna a cada pessoa.

Essas garantias e direitos do indiciado, assim como a situação jurídica do indiciado na fase de investigação devem estar pautados no contraditório e na ampla defesa, que estão elencados na Constituição Federal, descrito no art. 5º, LV, CF, no qual alude que: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. " (Jus Brasil) o direito a defesa constitui um direito inviolável assegurado a todo indivíduo que responde a um processo legal.

Segundo Mirabete (2011, p. 75) "quando está em risco à liberdade de locomoção ou outro direito fundamental indisponível, entra as garantias fundamentais, a relevância desse direito, a presunção de inocência e a investigação preliminar através de um procedimento administrativo", o inquérito policial, impõem a observância de algumas outras regras mínimas de garantia do contraditório participativo, da imparcialidade do juiz e de respeito à dignidade humana do acusado.

Há de se ponderar que o indiciado em momento nenhum do processo pode ser tratado na fase de inquérito policial, sem o princípio da presunção da inocência, descrito no inciso LVII da Constituição Federal, assim impõe: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

Ao indiciado é garantido o direito de permanecer em silêncio e da não autoincriminação, no qual assegura ao indiciado que este permaneça calado durante toda a investigação, somente falar em presença de seu advogado.

Não podemos deixar de destacar que as garantias do Processo Penal visam, sobretudo a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito.

Essas garantias que são direitos assegurados ao indiciado, direitos fundamentais descritos pela Carta Magna, porém, por muitas vezes esses direitos não se realizam de forma eficaz, ou até respeitado pela autoridade policial, possuindo em vista que esses direitos existem, são exigíveis, mas sua eficácia é insuficiente e deve ser fiscalizado constitucionalmente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Muitos doutrinadores pensam de forma diferente, no que se trata a fase de investigação no inquérito policial, segundo Júnior (2013,) afirma que a "investigação preliminar é considerada uma fase preparatória do processo penal, sem que seja, por si só, um processo penal, e que esta investigação preliminar será administrativa. "

De acordo Távora (2014,) "é um procedimento administrativo preliminar, presidido pela autoridade policial, que tem por objetivo a apuração da autoria e da materialidade da infração. "

Conforme Júnior (2013) leciona que "não pode a atividade investigativa policial ser confundida com uma atividade jurisdicional, muito menos de natureza processual. "

Vale ressaltar que de acordo com o autor, a investigação é especificamente policial, e conforme a Constituição Federal em seu artigo 144, delimitou às policias civis e federais, nas suas respectivas esferas, a função de polícia judiciária. Apesar da nomenclatura de polícia judiciária, estes órgãos não pertencem aos quadros do poder Judiciário e, muito menos seus atos tem o status de ato judicial.

Sendo assim, frisa destacar que esses exercícios investigativos são executados fora do processo judicial, por autoridades com poderes exclusivamente administrativos, a autoridade policial e em razão ao poder-dever estatal de garantia da segurança pública, função vinculada ao Estado e a seus órgãos administrativos.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A frente das características do inquérito policial, fica visível que o Brasil não se tem um sistema acusatório confiável, tendo indícios do sistema inquisitório. A importância dos direitos humanos, que a partir da constituição federal passou a ser chamados de direitos fundamentais. Essa importância se verifica não apenas sob o aspecto do reconhecimento desses direitos pelo Estado, mas pela necessidade de garanti-los.

Neste trabalho científico foi abordado as Garantias Fundamentais do Indiciado no inquérito policial, onde mostram como verdadeiros elementos limitadores ao poder estatal, no campo do processo penal isto se mostra perfeitamente delineado no âmbito processual, no entanto, se faz mister a observâncias das garantias na fase pré-processual, pois esta fase se mostra como verdadeiro filtro processual, evitando a valoração precipitada e apressada, e principalmente que o cidadão seja, de fato, processado sem um mínimo de indícios de autoria e demonstração da materialidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho propiciou mostrar a necessidade de estabelecer as garantias processuais já na fase do inquérito policial, se justificam e dão apoio até para encontrarmos as finalidades do inquérito policial.

Fora visto que o inquérito policial é a fase da ação penal com coleta de provas, esta última como finalidade precípua do inquérito. Ainda que seja atividade de instrução provisória, o inquérito policial é procedimento investigativo e sem dúvida, mesmo com o surgimento da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, veio ao encontro com o que foi dito no presente trabalho, no sentido de que o defensor é indispensável à administração da justiça, por não se poder obstaculizar o exercício da advocacia, ainda que seja em sede de procedimento investigativo, aliado à súmula como já dito, veio a corroborar o teor da Lei 8.906/94.

Com o presente estudo, ficou demonstrado que os exercícios investigativos são efetuados externamente do processo judicial, por autoridades com poderes exclusivamente administrativos, portanto, a autoridade policial e em razão ao poder-dever estatal de garantia da segurança pública, função vinculada ao Estado e a seus órgãos administrativos.

Nesse sentido, conclui-se então, que não podemos deixar de destacar que as garantias do Processo Penal visam, sobretudo a tratar o acusado com dignidade humana, impedindo que ele seja degradado a mero objeto da persecução penal, desenvolvendo assim a confiança do cidadão no Estado de Direito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Leis. **Constituição da República Federativa do Brasil,** de 05 de outubro de 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Portugal: Coimbra, 2012.

PEREIRA, Isabelle Christine Pinho, 2016. **INDICIAMENTO NO INQUÉRITO POLICIAL: as garantias constitucionais e a situação jurídica do indiciado no inquérito policial**. Disponível em: webartigos.com/artigos/indiciamento-no-inquerito-policial-as-garantias-constitucionais-e-a-situacao-juridica-do-indiciado-no-inqueritopolicial/140392. Acesso em: 29/09/2020.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito de Defesa e Acesso do Advogado aos Autos do Inquérito Policial**: uma (des) Construção Jurisprudencial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.11, n.43, 2013.

SILVA, José Afondo da.Curso de Direito Constitucional Positivo. 28 ed. Saraiva: São Paulo. 2012

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 2ª edição, revista, ampliada e atualizada. Editora JusPodivm, 2014.

MORAES, Alexandre de**. Direito constitucional**. 24º edição. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal** – Parte Especial. Ed. Atlas. São Paulo, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Manual de Direito Penal** – 2ª Edição Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquematizado**. 4ª edição, Editora Saraiva, 2015.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10ª edição, Revista Ampliada. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, volume único, Juspodium, 2019.

NOTAS:

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

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMA PRISIONAL DE MANAUS: NA PERSPECTIVA DO CIDADÃO LAICO JURÍDICO

TOMAZ ROCHA CID FILHO: Bacharelando em Direito pelo Centro de Ensino Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

Artigo solicitado como requisito para aprovação na disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso II, no Centro Universitário Luterano de Manaus. **Orientador:** Professor. Me. Rubens Alves da Silva.

RESUMO: O presente artigo tem por tema " O sistema prisional de Manaus: Na perspectiva do cidadão laico jurídico, que significa leigo no aprofundado ordenamento; porém a perspectiva do cidadão comum é base para tatear se a presente estrutura do sistema carcerário Manauara é eficiente, se atende o anseio da sociedade pela segurança e normalidade social, pois contrariando essas primícias existe o risco da produção em massa da quantidade de apenados no sistema. O trabalho começa com considerações histórias, passando a análise jurídica do sistema prisional brasileiro, afunilando ao sistema local e a partir de um questionário aplicado nas redes sociais foi obtido ainda que de forma superficial, porém relevante, a perspectiva do cidadão sobre o sistema carcerário da cidade servindo para analise apresentada a seguir.

Palavra Chave: Sistema prisional de Manaus, Código Penal, Cidadão Laico Jurídico, Perspectiva do cidadão Comum.

ABSTRACT: This article has the theme "The prison system of Manaus: From the perspective of the lay legal citizen, which means layman in the deep order; however, the perspective of the ordinary citizen is the basis for finding out whether the present structure of the Manauara prison system is efficient, if society's desire for social security and normality is met, because otherwise there is a risk of producing the number of prisoners in batches in the country. system. The work begins with historical considerations, passing the legal analysis of the Brazilian prison systems to the local system, and from a questionnaire applied on social networks, the perspective of the citizen on the city's prison system was obtained in a superficial but relevant way serving for the analysis presented below.

Keyword: Manaus prison system, Penal Code, Secular Citizen Legal, Perspective of the common citizen.

SUMÁRIO: Introdução; **1**. Breves Considerações Históricas Sobre o Cárcere; **2**. Sistema Penitenciário Progressivo brasileiro; **3**. População carcerária brasileira; **4**. Atual sistema prisional de Manaus; **5**. A perspectiva do cidadão laico jurídico; **6**. Conclusão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Sem a intenção de aprofundar o debate acerca da eficiência dos sistemas prisionais, o presente artigo procura de forma objetiva mostrar preliminarmente o contexto histórico, assim como demonstrar o embasamento teórico no ordenamento jurídico sobre o sistema penitenciário progressivo brasileiro, culminando na análise de dados obtidos dos órgãos se segurança pública e de pesquisa popular, para traçar a perspectiva que o cidadão tem sobre esse tema de suma importância para a sociedade e sua correta sinergia.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS SOBRE O CÁRCERE

Sempre existiu na história da humanidade sistemas de punições, principalmente na idade antiga, e ao longo da evolução social esses sistemas foram se aperfeiçoando de acordo com a sociedade da época.

Na idade antiga o encarceramento, era o ato de aprisionar não penalmente, e sim como garantia de manter o indivíduo sob domínio físico, em escravidão, para assim exercer a punição, em locais geralmente insalubres, como calabouços e masmorras,

A Idade Média caracterizada pelo teocentrismo, feudalismo e a mão pesada da Igreja Católica na "Santa inquisição", mantinha o cárcere como local para a tortura do sujeito, enquanto o mesmo aguardava a morte. Muitas igrejas eram utilizadas como calabouços de tortura ou como formas de causar temor a população em espetáculos. É nesse período que surgiu o termo "Penitenciária", advindo do Direito Penal Canônico uma das fontes primárias do Direito.

> A Santa Inquisição foi criada na Idade Média, durante o século XIII, sob os ditames da Igreja Católica Romana. Ela era composta por Tribunais que julgavam todos aqueles considerados uma ameaça ao Direito Canônico, aos dogmas e valores defendidos pela Igreja. Bastava mera denúncia anônima para que a pessoa se tornasse suspeita, fosse perseguida e condenada. As pessoas estavam sujeitas desde a prisão temporária ou perpétua até a pena de morte na fogueira, onde os condenados eram queimados vivos em plena praça pública (CHIAVERINI, 2011, p. 31).

Já na idade moderna e pós-moderna com a mudança para o pensamento antropocentrista, agora com o Homem no centro de tudo, e o surgimento do Iluminismo onde surge o caráter ressocializador da prisão, que após longa transição surgiu o Sistema progressivo que é o sistema adotado no Brasil.

Inexistia no período colonial brasileiro um sistema carcerário, as cadeias existiam somente para assegurar a aplicação da pena, era o lugar onde se aguardava a execução. No período imperial a prisão mantinha-se indiferente, porém firme, para assegurar a escravidão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que atendia aos interesses econômicos da época. No período republicano após longas mudanças atinge a maturidade no sistema que está sendo executado.

2. O SISTEMA PENITENCIÁRIO PROGRESSIVO BRASILEIRO

2.1 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O ordenamento jurídico Brasileiro estabelece que as penas privativas de liberdade serão cumpridas em regime aberto, semiaberto e fechado, que dependerá da quantidade da pena aplicada, esses são os três tipos de regime de cumprimento de pena no Brasil

Nas penas privativas de liberdades, ou seja, aquelas que tiram o condenado do convívio social; penas iguais ou superiores a oito anos, de reclusão ou detenção, o condenado será recolhido a estabelecimento de segurança máxima ou média em regime fechado. Segundo dados do INFOPEN, atualmente existe 347.661,00 preso nesse regime correspondendo a 46,21% da massa carcerária.

Nas penas iguais a quatro e não superiores a oito anos, desde que o réu não seja reincidente o cumprimento será em regime semiaberto, em colônia agrícola ou estabelecimentos similares, assegurado ao sentenciado a possibilidade de trabalho e estudo durante o dia, recolhendo-se ao estabelecimento prisional a noite, atualmente os dados indicam que existem 125.686,00 preses nesse regime.

Já no regime aberto, em sentenças inferiores a quatro anos, o condenado fica livre pela manhã sem qualquer supervisão e retorna à noite ao sistema penitenciário, e na falta de celas o cumprimento é feito em prisão domiciliar com tornozeleira eletrônica, conforme o artigo 33 do código Penal:

> Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.
>
> § 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:
>
> a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
>
> b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
>
> c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei de Execuções Penais nº 7.210, de 11 de Julho de 1984 - (LEP), traz ao sistema progressivo brasileiro a diminuição da intensidade da pena, no decorrer do tempo de cumprimento em cada regime e o comportamento do Apenado, sempre observando se o sentenciado assimilou em sua essência que sua reclusão é condição para torná-lo apto a retornar a vida em sociedade, daí o caráter ressocializador do sistema de progressão de pena. De acordo com (FOUCAULT, 1987). a prisão foi concebida como um aparelho disciplinar exaustivo, devendo tomar a seu cargo todos os aspectos dos indivíduos: seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições

> Lei Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984
>
> Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.
>
> § 1o A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor
>
> § 2o Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.

2.2 PROGRESSÃO

É a diminuição gradativa da intensidade da pena com relação ao regime imposto, pois é este que determina a quantidade de tempo que o condenado passará separado da sociedade, esse "quantum" em cada regime e o comportamento do apenado, é levado em consideração para a concessão da progressão. Esses são os requisitos objetivo lapso temporal, e subjetivo o comportamento do indivíduo apenado. No caso de progressão para o regime aberto além de do lapso temporal e bom comportamento, serão exigidas condições impostas pelo juiz como a comprovação que trabalhará e permanecerá no local que for designado durante o repouso e nos dias de folga, sair para o trabalho e retornar nos horários fixados, não se ausentar da cidade onde reside sem autorização judicial; e comparecer a Juízo para informar e justificar as suas atividades quando for determinado.

Sobre os requisitos objetivo e subjetivo Bitencourt (2000) e Capez (2011) falam:

> É a capacidade, a aptidão, é a comprovação da existência de condições que façam presumir que ele, condenado, está preparado para ir conquistando progressivamente a sua liberdade, adaptando-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

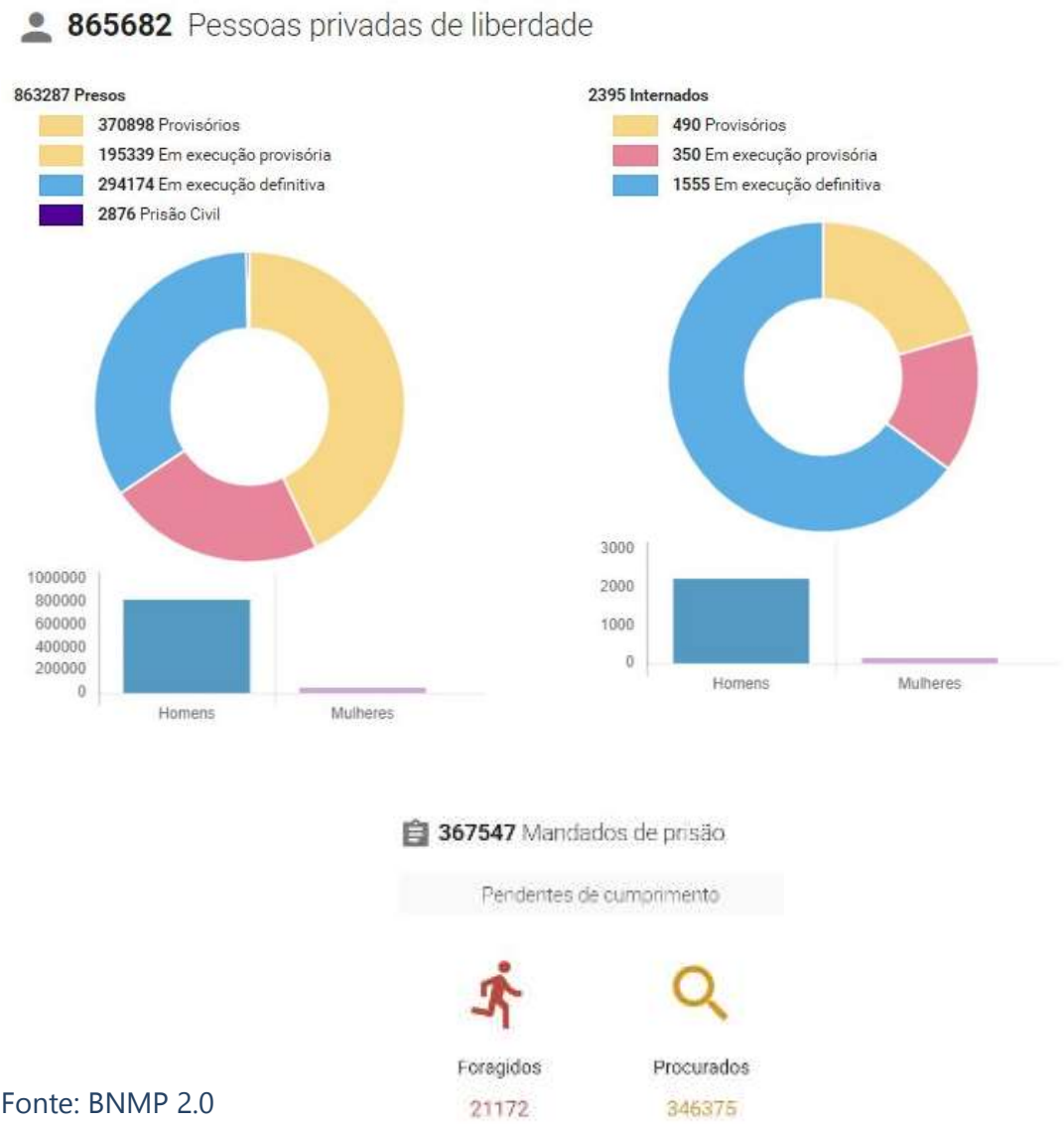
> se a um regime mais liberal, sem prejuízo para fins da execução da pena (Bitencourt, Cezar Roberto, 2009, p. 496).
>
> Requisito Objetivo: consiste no tempo de cumprimento de pena no regime anterior (1/6 da pena). A cada nova progressão exige-se o requisito temporal, o novo cumprimento de 1/6 da pena, porém, refere-se ao restante da pena e não a pena fixada na sentença;
>
> Bom comportamento carcerário significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como a autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar em conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária (Capez, Fernando, 2011, p. 392).

O Supremo Tribunal federal pacificou o entendimento sobre o regime de progressão dos crimes Hediondos, posteriormente em 29 de março de 2007, entrou em vigor a Lei n. 11.464/07 que deu nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, que passou a dispor: "A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado." Portanto bastando observar o lapso temporal diferenciado que é ao menos dois quintos (2/5) da pena, se for primário, e três quintos (3/5), se reincidente, e o mérito do condenado, o mesmo pode progredir para um regime mais brando.

O Supremo Tribunal Federal também decidiu que a falta grave é causa interrupção na obtenção de progressão de regime prisional. Portanto, a falta grave além de demonstrar a falta de mérito (bom comportamento do acusado), interrompe o lapso temporal afetando em dualidade os requisitos subjetivo e objetivo, tornado a finalidade da pena privativa de liberdade inviável, impedindo assim de trazer recuperação ao indivíduo, reeducá-lo e apresentá-lo a sociedade pronto para o convívio harmônico outrora quebrado.

3. POPULAÇÃO CARCERÁRIA BRASILEIRA

Atualmente a população brasileira é de 210,1 milhões, tendo a terceira maior população carcerária de acordo com os dados do BNMP 2.0 (banco Nacional de Monitoramento de Prisões), divulgados pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), existem 865.682 pessoas no sistema prisional brasileiro; na contramão das informações os dados do (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional, mostra que o número de detentos é menor, atualmente com 758.676, evidenciando uma inconsistência nos dados, porém ainda assim o país está atrás apenas dos Estados Unidos e da China.



Fonte: BNMP 2.0

4. ATUAL SISTEMA PRISIONAL DE MANAUS

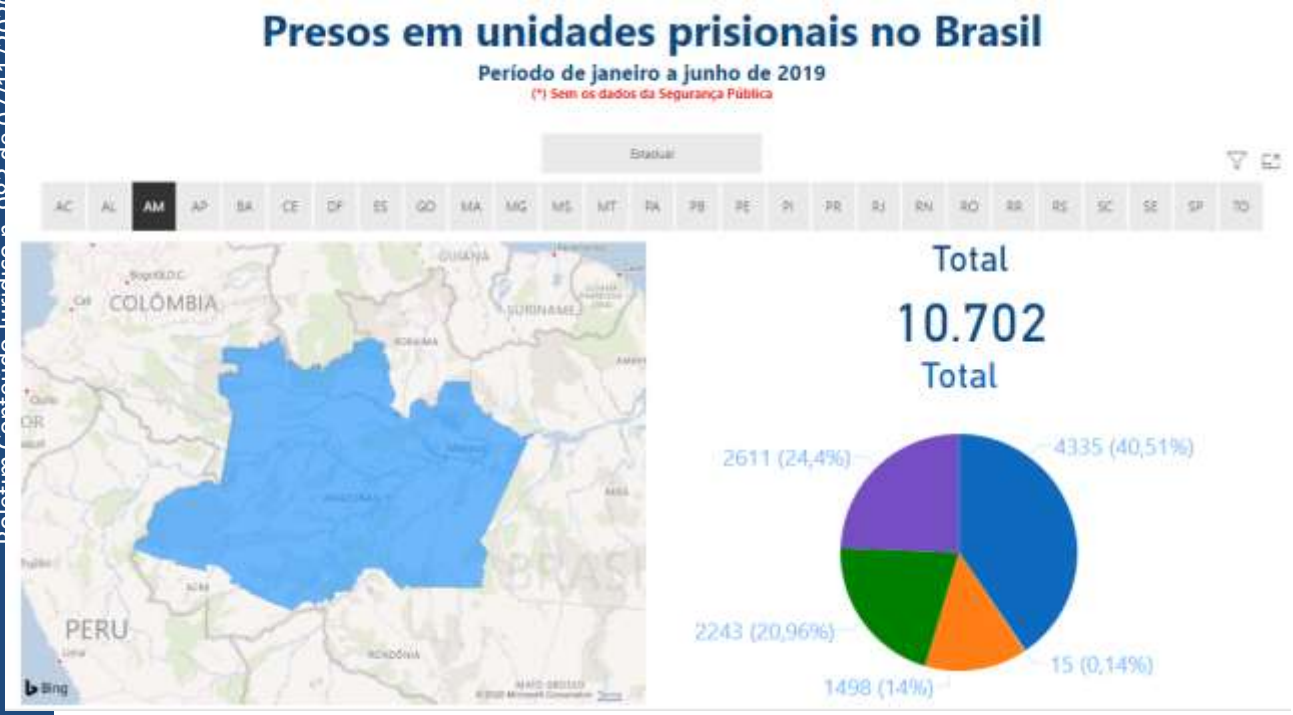
De acordo com o painel interativo do Departamento Penitenciário Nacional (INFOPEN), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, sendo o sistema de informações estatísticas que é atualizado pelos gestores dos estabelecimentos desde 2004, que coleta e sintetiza informações sobre os estabelecimentos penais e a população prisional, existem 10.702 presos no Amazonas, sendo que 9.236 estão na Capital Manaus, que de acordo com o ultimo senso tem 2.182,763 de Habitantes.

De acordo com dados da SEAP- (Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Amazonas) O sistema penitenciário Manauara é composto por dez estabelecimentos prisionais são eles:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 082 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1. CASA DO ALBERGADO DE MANAUS -
2. CENTRAL DE RECEBIMENTO E TRIAGEM - CRT
3. CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA DE MANAUS – CDPM – I
4. CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA DE MANAUS – CDPM - II
5. COMPLEXO PENITENCIÁRIO ANÍSIO JOBIM - COMPAJ
6. INSTITUTO PENAL ANTÔNIO TRINDADE - IPAT
7. UNIDADE PRISIONAL DO PURAQUEQUARA – UPP
8. CENTRO DE DETENÇÃO PROVISÓRIA FEMININO – CDPF
9. PENITENCIÁRIA FEMININA DE MANAUS – PFM
10. UNIDADE PRISIONAL SEMIABERTO FEMININO – UFPSA



FONTE: INFOPEN 04/08/2020

REGIME FECHADO | REGIME SEMIABERTO | PRESOS PROVISÓRIOS | REGIME ABERTO

FONTE: INFOPEN 04/08/2020

FONTE: INFOPEN 04/08/2020

Os Gráficos acima apresentam o quantitativo de presos em Manaus, podendo evidenciar os presos provisórios com o maior número de detentos. O preso provisório tem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prisão decretada para garantir que o acusado passe pelo processo penal, garantindo sua ampla defesa, assim como da vítima.

No Brasil existem dois tipos de prisão: prisão cautelar ou provisória, nela enquadram-se a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva; e prisão pena, devido a condenação do acusado pela pratica de crime.

Geralmente o acusado responde o processo em liberdade, mas a prisão cautelar é possível, como exceção, nos casos que se enquadram na Lei de Execução Penal - Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que também prevê que o preso provisório deve ficar separado dos que estão cumprindo pena já transitada em julgado.

Os dados também mostram o regime semiaberto como o 2º em quantidade de presos, deixando claro que 2.232,00 detentos, que correspondem a 24,17% da população prisional de Manaus ainda circulam em meio a sociedade. Curiosamente a metrópole adota em sua administração a utilização de tornozeleiras eletrônicas em presos do semiaberto, ou seja, progredindo para esse regime o detento recebe autonomia que em regra deveria ser atribuído apenas a apenados do regime aberto.

Os crimes com maior incidência são tipificados no artigo 157 §2º, incisos I e II do Código Penal; trata-se dos crimes de Roubo qualificado e Roubo Simples respectivamente, com pena de 4 a 10 anos e multa. Esse tipo de crime peculiarmente é o que mais traz sensação de insegurança a população, porque subtrai algo que muitas vezes foi conquistado com muito esforço.

Em se tratando se crimes hediondos ou equiparados, o tráfico de drogas tipificado no Artigo 33 do Código Penal é disparado o crime com maior incidência, com pena de 5 a 15

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

anos de reclusão. Entende-se que os Crimes de Roubo e tráfico de drogas estão interligados, visto que o usuário rouba algo para assim adquirir os entorpecentes do tráfico, gerando assim um círculo vicioso observado em várias regiões da cidade, assim como em outras pelo país.

5. A PERSPECTIVA DO CIDADÃO LAICO JURÍDICO.

A perspectiva do Cidadão laico Jurídico entende-se como a própria opinião pública, que comumente se posiciona de determinada forma conforme o quadro social, isso culmina com a uniformização dos discursos amplamente conhecido como senso comum, que muitas vezes é entendido de forma pejorativa. No entanto vale ressaltar que existem muitas coisas as quais a opinião pública está correta e deve também ser usada como base na construção do conhecimento jurídico, como externa Eduardo Juan Couture, na frase, que ressalta o distanciamento entre o Direito (como lei positivada) e a Justiça (sentimento comum da sociedade): "*Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça*".

A constituição federal de 1988 em seu art. 5º, XXXVIII, estabelece que os crimes conta a vida, são de competência do Tribunal do Júri, este por sua vez é forma formado por leigos, restando claro que o senso comum também é base do direito e deve molda-lo para satisfazer a esperada justiça.

A pesquisa em analise iniciou-se, mediante a aplicação de um questionário com dezoito perguntas pertinentes sobre o sistema carcerário da cidade; publicado em redes socias para que assim as informações captadas fossem as mais neutras possíveis, visto que, não se pode controlar a propagação do link de compartilhamento da pesquisa, que ainda está ativa para recebimento de dados, pois entende-se que a perspectiva do cidadão Manauara é mutável assim como a própria sociedade em sua essência, assim mantendo a pesquisa aberta pode-se obter com o devido lapso temporal as sutis mudanças da perspectiva aqui explorada. Até a presente data a interpretação das informações recebidas estão a seguir.

Quantitativamente a maioria dos entrevistados está cursando o nível superior, o que pode demonstrar um aprofundamento do conhecimento acadêmico, assim como dos mecanismos sociais de repressão, são moradores da zona centro-Sul da cidade historicamente melhor policiada e assistida pelos órgãos estatais.

A maioria das respostas sobre o caráter ressocializador do sistema prisional foi negativa, o que evidencia que essa população não acredita que as políticas aplicadas aos internos sejam efetivas, assim com a maioria das pessoas não conhecem ou sabem quantas unidades prisionais existem na cidade, exceto a Cadeia Pública Raimundo Vidal Pessoa na avenida 7 de setembro, no centro da cidade, que alguns acreditam ainda estar ativa.

De acordo com a pesquisa a sociedade Manauara desconhece a existência de programas de ressocialização de detentos, embora notícias veiculadas em jornais de grande

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

movimentação, mostram um aumento adesão a programas de ressocialização no Amazonas anteriormente de apenas 20 detentos em 2018, para 1,1 mil em 2019 nas remições de penas pelo trabalho, estudo ou leitura.

A remição da pena consiste na possibilidade do preso abreviar o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade nos regimes fechado e semiaberto, pelo trabalho ou estudo, devendo o tempo remido ser computado como pena já cumprida, assim se evita o ócio e estimula a produção humana; está prevista nos arts. 126 a 130 da Lei de Execução Penal) e seus requisitos são de penas cumprida em regime fechado ou semiaberto, não cabe no aberto (entendimento majoritário), salvo: para o condenado que esteja em livramento condicional.

A esmagadora maioria entende que as penas devem ser mais duras para os infratores, evidente que no atual panorama social, existe a percepção da crescente impunidade, assim muitas vezes o tema é Tratado de forma abrangente, o que pode causar distorções na aplicação de forma prática, como por exemplo a aplicação de penas mais rígidas para crimes de menor potencial ofensivo.

Estudos apontam que propostas sobre segurança pública em tramitação na Câmara dos deputados buscam penas mais rigorosas para crimes; no entanto na contramão das propostas em estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Ministério da Justiça, levando em consideração 100 projetos de Lei entre 1988 e 2006 identificou a desproporcionalidade das sansões aplicadas, trazendo à tona que crimes leves tem penas mais duras e crimes mais graves tem penas mais leves.

As penas mais duras externadas na pesquisa segundo observações dos pesquisados são no sentido de punir quem geralmente não e punido, ou seja, quem efetivamente traz prejuízo a sociedade, por isso no questionamento sobre crimes políticos a maioria é a favor de penas mais duras.

Finalizando, a pesquisa mostra que a sociedade e passível a ressocialização de menores infratores, com ressalvas, assim como de assaltantes, porém não acredita em sua maioria na ressocialização de chefes de facção, assassinos, estupradores.

O trabalho e o estudo na pesquisa são apontados como fonte ressocializadora, podem trazer dignidade e mudança social ao encarcerado.

6. CONCLUSÃO

A conclusão depreendida do desenvolvimento ao norte, é no sentido de uma sociedade apreensiva com o sistema prisional local, não muito diferente do que se observa no senário nacional.

A única forma de sair dessa apreensão é o investimento em educação e o fortalecimento do trabalho, que precisão da união de todos os polos da sociedade em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

correta sinergia, culminando com a justiça até então utópica, porem que serve com bússola para o caminho correto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. 11ªed. São Paulo: Hemus, 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 24ªed. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS, 2002.

CARVALHO, FL. A Prisão. Publifolha. São Paulo, 2002.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 5ªed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOFFMAN, E. Manicômios, prisões e conventos. 6ºed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

[8] BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, 2000; p . 98

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm, acesso em 12/10/2020

BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de Direito Penal: parte geral. v. 1, 14º edição, rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Vol. 1. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Dados INFOPEN disponíveis atualizados no dia 19/03/2020, em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9

EL PORVENIR DE LA CODIFICACIÒN Y EL COMMON LAW EN EL CONTINENTE AMERICANO, Eduardo Juan Couture Etcheverry

Revista de la Asociaciòn de Escribanos del Uruguay, Nº. 7-12, 2006 , pags. 171-180

https://www.acritica.com/channels/manaus/news/cresce-numero-de-detentos-em-programas-de-ressocializacao-no-am, acessado dia 01/10/2020

https://www.camara.leg.br/noticias/224214-estudo-mostra-que-projetos-sobre-penas-mais-duras-geram-distorcoes/ acessado em 12/10/2020

http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/infopen acesso em 15/08/2020

http://www.seap.am.gov.br/unidades-prisionais/ acessado em 15/08/2020

www.conteudojuridico.com.br

CASTRAÇÃO QUÍMICA COM O INTUITO DE INIBIR O CRIME DE ESTUPRO

MATEUS SARDINHA LIMA:
Acadêmico do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins- UniCatólica.

WELLINGTON GOMES MIRANDA[1]

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA[2]

(orientadores)

RESUMO: A presente pesquisa almeja examinar a efetividade da castração química em alguns dos principais países do mundo, bem como atestar a necessidade, ou não, de sua aplicabilidade no Brasil como forma alternativa de pena para inibir prática de estupro. Ademais, discorrerá acerca do panorama histórico e a respectiva evolução do combate aos crimes sexuais em todo o mundo, com ênfase ao cenário brasileiro, e descreverá como ocorre a castração química em diversos países, com destaque aos principais projetos de leis que versam sobre a temática no Brasil.

Palavras-chaves: Direito Penal. Castração Química. Punição. Crimes Sexuais. Estupro.

ABSTRAC: This research aims to examine the effectiveness of chemical castration in some of the main countries in the world, as well as attesting the need, of its applicability in Brazil as an alternative form of punishment to inhibit the practice of rape. In addition, the research will talk about the historical panorama and the respective evolution of the fight against sexual crimes around the world, with emphasis on the Brazilian scenario. Will also describe how chemical castration occurs in several countries, with attention on the main laws dealing with the theme in Brazil.

Key-words: Criminal Law. Chemical Castration. Punishment. Sexual Crimes. Rape.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Históricos do Estupro no Mundo; 1.1 Código de Hamurabi; 1.2 Direito Romano; 2.A História do estupro no Brasil; 2.1 Código Penal de 1830; 2.2 Código Penal de 1890; 2.3 Código Penal de 1940; 2.4 Alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009; 2.5 Bem juridicamente protegido; 2.6 Consumação e tentativa; 2.7 Índices de estupro no Brasil; 2.8 Funções da pena; 3.Castração Química; 3.1 Conceito; 3.2Aspectos históricos; 4.Castração Química no Mundo; 4.1 Califórnia; 4.2 Coreia do Sul; 4.3 Europa; 5. Castração Química no Brasil; 5.1 A castração química e a sua efetividade no crime de estupro; 5.2

Inconstitucionalidade; 6 Aplicação da Castração Química Observando o Direito do Condenado; Considerações Finais.

INTRODUÇÃO

O estupro é a violação sexual de um indivíduo. O assunto é polêmico desde os primórdios da humanidade. Denúncias, processos e condenações avançam de formas distintas em cada país, de acordo com suas jurisdições. Ademais, cabe ressaltar que por centenas de anos, praticantes desse crime foram "protegidos" (e ainda são) pela cultura do estupro.

Diversas obras históricas retratam a temática, tais como Tarquínio e Lucrécia, pintura de 1571 de Ticiano, e Interior (o estupro), pintura de Edgar Degas.

Des de milhares de anos, então, nota-se que o problema possui raízes profundas, e mesmo que a punição do culpado ocorra, ainda há objeções no que tange a evitar que o crime seja cometido.Sendo assim, no intuito de reprimir os elevados índices de cometimento dos crimes sexuais, bem como sua recorrência, restou concebido o método da castração química, como forma de controlar os impulsos sexuais dos infratores.

Desempenhada a partir da aplicação de medicamentos hormonais, a castração química é um método de coibir o furor sexual do acometido e tem como principal característica seu efeito temporário. Ou seja, não ocorre a remoção física do órgão genital, mas sim a inibição da ereção, bem como a austeridade de fantasias sexuais ou outras fontes que conduzem a busca por circunstâncias eróticas.

Algumas nações como: Rússia, Austrália, Coreia do Sul, Dinamarca, Grã-Bretanha, Polônia e Estados Unidos já utilizam esse procedimento como forma de punição e tratamento, no intuito de diminuir os crimes sexuais e tornar possível aos infratores o retorno ao convívio em sociedade, respectivamente.

Nesse sentido, no ano de 2013, o outrora Deputado Federal Jair Messias Bolsonaro, atual Presidente do Brasil, apresentou o Projeto de Lei (PL) 5398/2013, no qual restava estabelecida a castração química como condição para o condenado por estupro voltar à vida em sociedade.

O referido projeto, no entanto, não obteve êxito quanto a sua aprovação, e com as inúmeras recorrências de casos de crimes desse tipo, e o respectivo destaque que cada vez mais ganharam na mídia, o senador Styvenson Valentim propôs o Projeto de Lei (PL 3.127/2019), que trata da castração química voluntaria para condenados que cometeram mais de uma vez crimes de estupro e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

importunação sexual. Uma vez aceito o tratamento, será concedida ao infrator a liberdade condicional.

Isto posto, a presente pesquisa abordará de forma panorâmica o crime de estupro e a evolução das legislações acerca da prática e analisará as características da castração química e sua eficácia quanto à diminuição do número de casos de estupro.

1. HISTÓRICOS DO ESTUPRO NO MUNDO

É de sublime relevância, antes de adentrar ao assunto proposto pelo presente trabalho, dissertar, em suma, acerca da evolução histórica do crime de estupro.

É cediço que o surgimento das leis se deu quando o ser humano se viu diante da necessidade de solucionar conflitos e controlar suas condutas em sociedade, bem como prevenir atritos, o que fez surgir a obrigação de obedecer tais regras, sob pena de punição.

Cansou de viver em estado de conflitos e guerras constantemente, com o intuito de controlar suas respectivas condutas, buscou formas, como prevenção de regras de convivência, tendo como obrigação por parte dos membros da sociedade, a obediência de tais regras, sob pena de punições.

O crime de estupro, há centenas de anos, encabeça a lista de infrações sociais de grande relevância e impacto no seio da sociedade, e mesmo no período da antiguidade, seu cometimento já sujeitava o infrator a penas severas, como a pena de morte.

A respeito do estupro na antiguidade, indaga Prado:

> Os crimes sexuais, entre eles o estupro, foram severamente reprimidos pelos povos antigos. Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física, somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 ciclos de prata ao seu pai.[3]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nota-se que a punição ocorria em outros moldes, e sua aplicação, em determinadas circunstâncias, era mais branda do que deveria, tendo em vista a gravidade do ato e em outras, mais severas, em comparação com os dias atuais.

1.1 Código de Hamurabi

Em meados de 1700 a.C, o compilado de 282 Leis da antiga Babilônia deu origem ao conhecido Código de Hamurabi. Neste, seu artigo 130 dispunha que "se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto, a mulher irá livre."

Cabe ressaltar que o direito à proteção era dado tão somente às mulheres virgens, ou seja, que ainda não houvera coabitado com algum homem.

1.2 Direito Romano

A expressão *estuprum* foi utilizada pela primeira vez pelo Direito Romano, a qual deu origem à palavra estupro, todavia, tal expressão não externava o significado de violenta conjunção carnal, tendo como expressão – crimen vis, e sua punição era a pena de morte.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bittencour afirma:

> Os povos antigos já puniam com grande severidade os crimes sexuais, principalmente os violentos, dentre os quais se destacava o de estupro. Após a Lex Julia de adulterius (18 d.C.), no antigo Direito Romano, procurou-se distinguir adulterius e stuprum, significando o primeiro a união sexual com mulher casada, e o segundo, a união sexual ilícita com viúva. Em sentido estrito, no entanto, considerava-se estupro toda união sexual ilícita com mulher não casada. Contudo, a conjunção carnal violenta, que ora se denomina estupro, estava para os romanos no conceito amplo do crimen vis, com a pena de morte. (BITTENCOUR, 2015, pág. 48)[4]Desse modo, é possível afirmar que a tradição punitiva de aplicação da pena de morte se prolongou, e alcançou a aplicabilidade da jurisdição romana.

2. A HISTÓRIA DO ESTUPRO NO BRASIL

2.1 Código Penal de 1830.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A entrada em vigor do Código Penal Brasileiro, em 1830, acarretou discussões em relação aos crimes sexuais, com destaque para o estupro, o qual veio previsto com pena de três a doze anos de detenção, com o acréscimo de um dote, que era oferecido à família da vítima. Não obstante, se a vítima fosse prostituta, o agressor tinha sua pena diminuída, entre um mês e

dois anos, nos termos do Artigo 222 do referido diploma:

> Art. 222. Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.
>
> Penas - de prisão por três a doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta:
>
> Penas - de prisão por um mês a dois anos.Ao analisar o artigo, observa-se a expressão "mulher honesta", deixando muito claro uma espécie de acepção, de julgamento sobre a vítima, o que dá a entender que, dependendo da mulher, esta estaria contribuindo para que o estupro se efetivasse.

Em caso de não consumação de conjunção carnal, mas ocorrência de violência libidinosa, a pena era de seis meses, com acréscimo de multa. Vejamos o que traz o artigo 233:

> Art. 223. Quando houver simples ofensa pessoal para fim libidinoso, causando dor, ou algum mal corpóreo a alguma mulher, sem que se verifique a copula carnal.
>
> Penas - de prisão por um a seis meses, e de multa correspondente á metade do tempo, além das em que incorrer o réu pela ofensa.

Além disso, quando o violentador praticava crime de estupro com uma mulher menor de dezesseis anos, ele era levado para fora da comarca e teria a obrigação de pagar um dote à família da violentada, conforme expressa o art. 224 do código penal brasileiro de 1830. Ainda, se em caso de o autor se casar com a vítima, era livre de todas e quaisquer punições, nos termos de seu art. 225.

2.2 Código Penal de 1890

Posteriormente, nasce o Código Penal Brasileiro de 1890, também chamado de Código Penal Republicano, o qual tratava sobre os crimes sexuais do artigo 268 ao 276.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Neste diploma legal, o legislador trouxe uma abordagem no que tange a aplicação de penas aos crimes sexuais, o que o torna mais rígido que o Código Penal de 1830.

2.3 Código Penal de 1940

Já o Código Penal de 1940, em comparação ao seu antecessor, não trouxe nenhuma alteração acerca dos crimes sexuais, em relação ao seu antecessor, sendo pois o tema regido no Título VI, Capitulo I, pelos artigos de 213 ao 217.

2.4 Alterações trazidas pela Lei 12.015 de 2009

A redação do código de 1940, que vigora até o presente, apresentou algumas mudanças em seu texto, com destaque para as atualizações trazidas pela Lei 12.015/2009, que modificou os crimes contra os costumes, passados a serem crimes contra a dignidade sexual.

A grande novidade está justamente na redação do crime de estupro, agora como: constranger alguém com o uso de violência ou grave ameaça de grave relevância, conforme vislumbra a nova redação do art. 213 do Código Penal vigente:

> Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:
>
> Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.
>
> § 1o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos:
>
> Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.
>
> § 2o Se da conduta resulta morte:
>
> Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Analisando a nova redação dada ao caput do art. 213 do Código Penal é possível observar que o núcleo do tipo é o verbo constranger, aqui utilizado no sentido de forçar, obrigar, subjugar a vítima objetivando que o agente tenha sucesso no congresso carnal ou na prática de outros atos libidinosos.1

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É possível constatar a ampliação do conceito de estupro, posto que a conduta passou a ser compreendida, também, como o que, anteriormente, era chamado de atentado violento ao pudor, motivo pelo qual restou revogado o art. 214 do referido código.

É importante esclarecer que o constrangimento deve acontecer mediante violência ou grave ameaça. Entende-se por violência o emprego de força física com o fim de praticar com a vítima relação carnal ou qualquer outro ato libidinoso.

Contudo, segundo o doutrinador Rogerio Grecco, a grave ameaça pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Dessa forma "poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento"[5].

Grecco afirma, ainda, que o sistema adotado pela legislação brasileira é o sistema restrito quanto a interpretação da expressão conjunção carnal. Isso quer dizer que para que seja caracterizada a conjunção carnal é necessário o coito vagínico, que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher, repelindo assim a cópula anal, bem como os atos de felação.

Além do mais, com a nova redação, o artigo engloba tanto homens quanto mulheres como vítimas, trazendo assim, uma enorme inovação no que diz respeito a crime de estupro.

A nova redação do art. 213 do Código Penal considera ainda como estupro o constrangimento praticado pelo agente no sentido de fazer com que a vítima, pratique ou permita que com ela se pratique qualquer ato libidinoso, atos de natureza sexual diversos da conjunção carnal, que tenham por finalidade satisfazer a libido do agente.4

O doutrinador Luiz Regis Prado elenca alguns atos que podem ser considerados libidinosos, tais como:

> "fellatio ou irrumatio in ore, o cunni-lingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contato voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão),

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros". (PRADO, apud GRECCO, 2017, p. 1126)[6].

2.5 Bem juridicamente protegido

Com a nova redação constante do Título VI do Código Penal, onde o sujeito passivo do art. 213 pode ser tanto a figura feminina como a masculina, podemos apontar como objeto material do delito tanto a mulher quanto o homem, ou seja, a pessoa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

Quanto aos bens juridicamente protegidos, podem ser citados tanto a liberdade quanto a dignidade sexual. O doutrinador Jiménez aduz quanto ao conceito de liberdade sexual:

> Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais. (JIMÉNEZ, apud GRECCO, 2017, p. 1127)

O crime de estupro, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, que se vê oprimido diante da relação sexual. A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa possui de dispor sobre o próprio corpo, inclusive, e principalmente, no que diz respeito aos atos sexuais.

O crime para ser caracterizado é necessário o elemento subjetivo, o qual no crime de estupro entende-se que seja o dolo, não sendo praticado na modalidade culposa. No caso do crime de estupro, o dolo não se trata da finalidade de satisfazer a libido ou saciar a lascívia do agente, neste caso está direcionado ao fato de constranger a vítima com a finalidade de, com ela, ter a conjunção carnal ou praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso, não importando a motivação.

2.6 Consumação e tentativa

Por se tratar, o estupro, de um crime plurissubsistente, onde uma única conduta é composta por vários atos, é possível a tentativa. No entanto, para que o crime seja praticado na modalidade de tentativa, a execução deve ser iniciada e não se consumar por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Aduz Grecco [7] que a tentativa, nos casos de ato libidinoso diverso da conjunção carnal, também será possível a partir do momento em que o agente vier a praticar o constrangimento sem que consiga, nas situações de atividade e passividade da vítima, determinar a prática do ato libidinoso.

2.7 Índices de estupro no Brasil

Pesquisa realizada pelo 13ª Anuário Brasileiro de Segurança Pública, publicado em setembro do ano de 2019, registrou um recorde da violência sexual no Brasil. Foram cerca de sessenta e seis mil vítimas de estupro no Brasil, no ano de 2018, o que corresponde uma média de 180 estupros por dia no Brasil 6, sendo o número mais alto desde 2009. A maior parte das vítimas nos casos de estupro são do sexo feminino (82 %).[8]

Com o crescimento dos índices do crime de estupro no Brasil, nos últimos anos, é sabido que um dos fatos é principalmente o aumento das denúncias por parte das vítimas, com a criação da Delegacia da Mulher, uma vez que grande maioria das vítimas são do sexo feminino[9]. Assim, podemos afirmar que o crime de estupro sempre esteve presente no país em grande escala. Fato é que a incidência e reincidência dos crimes de estupro tem elevado as proporções.

Assim, não pode o Estado omitir-se diante de tal situação, e como uma alternativa às sanções já aplicadas, tem-se a hipótese da castração química como medida punitiva deste delito. Dessa maneira, observando os crimes de estupro e a ineficiência das medidas aplicadas, a discussão acerca da castração química faz-se deveras relevante e intriguista.

2.8 Função da pena

Primeiramente, a pena foi vista como um meio de causar ao condenado um mal semelhante, compensatório, em virtude da infração por ele cometida. Em seguida, assumiu um caráter preventivo, e, em determinado momento, surgiram as teorias que buscavam conciliar ambas as coisas. [10]

3. CASTRAÇÃO QUÍMICA

3.1 Conceito

A castração física é a remoção cirúrgica dos órgãos reprodutores, caracterizada no sexo masculino pela supressão dos testículos ou de toda a genitália, e no sexo feminino pela remoção dos ovários ou do útero. Constituindo a incapacidade permanente no individuo, sendo portanto um método irreversível.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, a castração química é o método de castração temporária, o qual parte do princípio da utilização de medicamentos hormonais, com o intuito de reduzir a libido.

Diferentemente da castração através da cirurgia, por meio da qual são removidos os ovários outestículos, a modalidade química não emascula o indivíduo praticamente, e, por conseguinte não provoca sua esterilização.

Nesse sentido conceitua Mattos:

> A castração química ou terapia antagonista de testosterona, como muitas vezes é denominada, é uma forma de castração reversível, causada mediante a aplicação de hormônios que atuam sobre a hipófise, glândula do cérebro que regula a produção e liberação da testosterona.[11]

Alguns doutrinadores preferem a denominação "terapia antagonista de testosterona", pois acreditam que a castração química, enquanto tratamento voluntário, aplicado com o consentimento do indivíduo, não caracteriza a castração propriamente dita, e tampouco necessita da mutilação de órgãos.

Neste viés, constitui-se a terapia antagonista de testosterona, segundo Wunderlich[12], em um tratamento, voluntário e reversível, colocado à disposição dos indivíduos que assim entenderem necessário para a sua ressocialização.

Nos Estados Unidos, estudos afirmaram que a castração química é melhor realizada com a aplicação do medicamento Depo-Provera (acetato de medroxyprogesterona), versão sintética da progesterona (hormônio feminino pró-gestação), que inibe a produção de testosterona reduzindo o apetite sexual compulsivo, e que seus efeitos colaterais compensam-se pelos benefícios.[13]

Pesquisas indicam que a testosterona, hormônio ligado à sexualidade e à violência, é um dos fatores comumente presentes naquelas pessoas que cometem crimes (sexuais). Não é à toa que a maioria dos homicidas são homens na faixa etária de 15 a 39 anos. Eles têm níveis de testosterona 15 a 20 vezes maiores que as mulheres, e é nessa faixa etária que esse hormônio atinge o auge no corpo.[14]

3.2 Aspectos históricos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na antiguidade a punição utilizada aos que cometiam conjunção carnal violenta, era a da castração. A castração foi comum na antiguidade, visando à punição de vencidos em guerras, ofertando-se, posteriormente, os órgãos genitais do inimigo ao seu Deus.

Em seguida a castração foi utilizada para a criação dos eunucos, termo pelo qual se denominavam os homens castrados. Ao que consta, conforme o doutrinador Mattos[15], os reis castravam serviçais domésticos responsáveis por cuidar de suas esposas e filhos, pois acreditavam que, deste modo, tornariam os homens mais dóceis, além de torná-los sexualmente impotentes para a proteção de seu harém.

No século XVI, na Europa Ocidental surgiram os *castrati*, jovens rapazes submetidos à castração por motivos religiosos, com o objetivo de manter a voz aguda nos coros das Igrejas e óperas, uma vez que a participação de mulheres era vetada pelas leis da Igreja Católica.

Na atualidade, a castração é utilizada no combate ao câncer testicular ou de próstata, bem como pode ser indicada nos casos de mudança de sexo.

4. CASTRAÇÃO QUÍMICA NO MUNDO

O uso do método em apreço é uma realidade legalizada em diversos países e estados, com previsões expressas em seus textos normativos, dentre os quais pode-se citar Dinamarca, Colômbia, Argentina, França e Inglaterra, neste último, por exemplo, o preso opta entre a prisão e o tratamento.[16]

A castração química, se trata de um tratamento não definitivo, como já mencionado. Assim, nos países onde é previsto, o agressor sexual deve apresentar-se regularmente ao médico designado para a aplicação das injeções da medicação inibidora da testosterona no prazo estipulado.

4.1 Califórnia

A Califórnia sustenta o título de primeiro Estado a legislar sobre a castração química, como forma de pena para agressores sexuais. No ano de 1997 em seu *Criminal Code* , passou a punir com o procedimento em comento o culpado pelos atos de atos sexuais com emprego da força, crime de sodomia, sexo oral, entre outros. O legislador californiano não deixou ostensivas as questões quanto a castração química, entretanto, no que diz respeito ao abuso de pessoas incapazes, restou certo de que a punição sempre será o tratamento em apreço. O artigo 645, que ampara a aplicação da castração química, com a seguinte redação:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(a) Qualquer pessoa culpada em uma primeira condenação, por qualquer crime especificado na subdivisão (c), em que a vítima não tenha atingido 13 anos de idade, pode, em liberdade condicional, ser submetida ao tratamento com acetato de medroxiprogesterona ou substância química equivalente, além de qualquer outra punição prescrita para aquele crime ou qualquer outra prevista em lei, a critério do tribunal. (b) Qualquer pessoa culpada em uma segunda condenação, por qualquer crime especificado na subdivisão (c), em que a vítima não tenha atingido 13 anos de idade, deve, em liberdade condicional, ser submetida ao tratamento com acetato de medroxiprogesterona ou substância química equivalente, além de qualquer outra punição prescrita para aquele crime ou qualquer outra prevista em lei. (c) Esta seção se aplica aos seguintes delitos: (1) Subdivisão (c) ou (d) da Seção 286. (2) Parágrafo (1) da subdivisão (b) da Seção 288. (3) Subdivisão (b) ou (d) da Seção 288ª. (4) Subdivisão (a) ou (j) da Seção 289. (d) Na condicional, o tratamento com acetato de medroxiprogesterona deve iniciar uma semana antes de sua liberação da prisão estatal ou outra instituição, e deverá continuar o tratamento até que o Departamento de Correções comprove ao Conselho de Condições Prisionais de que o tratamento não seja mais necessário. (e) Se uma pessoa voluntariamente se submeter à cirurgia permanente, alternativa ao tratamento químico hormonal para ofensores sexuais, não estará sujeita ao previsto nesta seção. (f) O Departamento de Correções administrará esta seção e implementará os protocolos requeridos por esta seção. Nada nos protocolos exigirá a participação de um empregado do Departamento de Correções que seja médico ou cirurgião formado, conforme o Capítulo 5 (começando com a Seção 2000) da Divisão 2, do Código de Negócios e Profissões ou o Ato de Iniciativa Osteopático, contra a sua vontade na administração das providências desta seção. Estes protocolos incluirão, mas não se limitarão à exigência de informar o condenado sobre o efeito do tratamento químico hormonal e qualquer efeito colateral que podem resultar do tratamento. Um indivíduo sujeito a esta seção deve manifestar por escrito o recebimento desta informação[17]. (tradução nossa)

No Estado da Califórnia, a castração química é um requisito obrigatório para a concessão do livramento condicional àqueles condenados reincidentes em crimes sexuais, ou, quando primários, se o crime for perpetuado contra vítima menor de treze anos de idade. Estando o réu elencado nos casos previstos, receberá, voluntária ou obrigatoriamente, a aplicação do antiandrógeno, uma semana antes de ser posto em liberdade condicional. No entanto, o artigo não estipulado prazo para o encerramento do tratamento hormonal, devendo persistir enquanto necessário. O Código ainda permite que o delinquente sexual opte pela castração física, contudo, continuará submetido à pena privativa de liberdade.

Desse modo, verifica-se que, no que concerne à primeira condenação, a castração química se torna uma alternativa para o julgador ao aplicar a pena. Já na segunda condenação (reincidência), a condenação se torna um dever. Cabe ressaltar que somente alguns Estados nos EUA se utilizam de tal pena, dentre eles se encontram: a Florida, Montana, Texas, Geórgia, Iowa, Óregon e Wisconsin. 18

4.2 Coreia do Sul

Na Coreia do Sul, criminosos que possuem desvio em seu comportamento sexual, e criminosos sexuais em geral, são submetidos ao tratamento farmacológico em apreço. O procedimento é realizado desde o ano de 2011, em razão da criação de lei especifica que regula a conduta que, a priori, incidia somente sobre pedófilos.

Cabe salientar que o órgão responsável por solicita-lo é o Ministério Público. Nesse país o tratamento se dá independentemente da prisão, ou seja, não é arbitrada a opção entre prisão ou tratamento.[18]

4.3 Europa

O método de contenção dos impulsos sexuais pelo uso de fármacos inibidores da libido passou a ser discutido e incluído nas disposições legais de países europeus.

Em relação a aplicabilidade da castração química na Europa, o doutrinador Jorge Trindade[19] aponta, resumidamente, as medidas adotadas por alguns países, na Grã-Bretanha, permite a castração química voluntária e possui um registro nacional de abusadores de crianças; na Dinamarca e Suécia, admitem a castração química para casos extremos, o que gerou grande queda nas taxas de reincidência; na França, existe projeto de lei que prevê tratamento obrigatório, com a administração de fármacos que inibem a libido; e na Áustria, a castração

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

química foi proposta em 1999, com a justificativa de que as terapias tradicionais são insuficientes.

5. CASTRAÇÃO QUÍMICA NO BRASIL

No B rasil, alguns projetos de Leis acerca da castração química já foram apresentados no intuito de criar uma forma alternativa de punição aos indivíduos condenados pelo cometimento de crimes sexuais graves, como por exemplo, o PL 7021/2002 e o PLS 552/2007, os quais foram repelidos pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

Posteriormente, o PL 5398/2013, de autoria do então Deputado Federal, Jair Messias Bolsonaro, atual Presente da República, voltou a abordar a defesa da castração química como forma de punição.

Prevendo duas alterações no Código Penal, o referido projeto de lei tem como ideia a utilização do tratamento químico como requisito para autorização para possíveis benefícios, nos termos dos artigos 213 e 217-A.

Sendo assim, o PL 5398/2013 não prevê o tratamento químico como tão somente uma alternativa de pena ao criminoso que praticar delitos sexuais, mas sua essência está no fato de proporcionar benefícios para progressão penal. Desse modo, exclui-se a obrigatoriedade de submissão ao tratamento em comento, porém, em caso de recusa pelo agressor, de forma alguma poderia usufruir de alguns benefícios na execução da pena.[20]

5.1 A castração química e a sua efetividade no crime de estupro

A castração química não é um tratamento definitivo, podendo ser rev ersível. Nos ordenamentos jurídicos onde é previsto a sua aplicação, o agressor sexual deve se apresentar regularmente ao médico designado para a aplicação das injeções no prazo estipulado.

Com o conceito e materialidade do delito de estupro, pode-se classificar como crime contra a dignidade e liberdade sexual. Em outras palavras, quer dizer que o sujeito não determina seu comportamento sexual conforme seus próprios desejos, mas passa a satisfazer, mediante violência ou grave ameaça, aos desejos de outra pessoa.

5.2 Inconstitucionalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 5º, i nciso XLIX, da Constituição Federal de 1988 deixa claro que no Brasil é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral. A aplicação de tal artigo em

conjunto com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da CF/88, expressa que independente da conduta praticada, nada pode ser feito diretamente à pessoa como ser humano.

Em seguida, no art. 5º, III, veda a prática de tortura, uma vez que, o apenado não deixa de pertencer ao gênero humano, e no mesmo artigo, no inciso XLVII, alínea "e", a constituição veda as penas de caráter cruel. No que se refere ao princípio da proporcionalidade, não mais se considera proporcional causar a mesma dor.

A Constituição de 1988, quanto à função da pena utiliza o sistema misto, o qual aplica sanções que causam certo temor, ressocializam o apenado, com o intuito de que ao terminar sua condenação, possa voltar a viver em sociedade.

A progressão de regime condicionada ao livramento condicional, no procedimento da castração química, faz com que o legislador "puna" duas vezes o condenado pelo mesmo crime. O princípio do ne bis in idem, que é a junção do princípio da legalidade com o princípio da vedação do duplo processo pelo mesmo acontecimento, impede esse tipo de previsão. Assim, tal aplicação, ante o ordenamento jurídico brasileiro, encontra uma barreira.

No entanto, percebe-se que o projeto de lei 5398/13, em relação ao princípio da isonomia, apresenta uma lacuna quanto a aplicação do procedimento quando o sujeito ativo do crime de estupro, for do sexo feminino. Uma vez que, sujeitos ativos do crime de estupro, que se encontram em posição de igualdade, mas são tratados de forma desigual, de modo que para o sexo masculino existe uma previsão legal diversa para progressão de regime e concessão de livramento condicional. O que fere o princípio constitucional assegurado pelo caput do artigo 5º da CF.

Assim, observa-se as bases para considerar a inconstitucionalidade da castração química obrigatória, uma vez que a maioria das doutrinas nacionais consideram que qualquer pena que atinja o corpo do condenado é considerada cruel, portanto, vedada constitucionalmente.

6. APLICAÇÃO DA CASTRAÇÃO QUÍMICA OBSERVANDO O DIREITO DO CONDENADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A castração química como pena encontra barreiras constitucionais irremovíveis, como já exposto, no entanto não se pode deixar de observar as pesquisam que indicam que a reincidência de criminosos sexuais cai de 75 para 2% após a aplicação do hormônio feminino.[21]

Dessa forma, uma alternativa que respeitaria os direitos constitucionais do condenado e colaboraria com a diminuição dos crimes sexuais, seria a transformar da castração química em um direito. O tratamento de castração química como um benefício, ofertado ao condenado por crime de estupro, seria a melhor solução constitucionalmente viável.

Ao condenado seria dada a opção entre cumprir a pena nos termos da lei atual ou de submeter-se ao tratamento, com devido laudo médico que comprovasse sua necessidade, durante todo o período em que ele não estivesse encarcerado.

O condenado q ue se dispuser a realizar o tratamento ganhar benefício, uma redução da pena que poderia variar entre um e dois terços, em analogia ao benefício previsto na Lei8. 072/90 por exemplo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, analisou-se a possibilidade da aplicação da castração química obrigatória crime de estupro, sendo observados os princípios constitucionais que resguardam a integridade física e moral do indivíduo.

Contudo, diante da diminuição nos números de reincidência nos crimes de estupro após a submissão ao tratamento da castração química, nos países que já aplicando esse tratamento, uma alternativa pode ser levada em consideração, para que fosse constitucionalmente possível a administração de antiandrógenos.

A opção mais viável seria oferecer o tratamento como uma forma de benefício ao condenado, reduzindo o tempo de pena privativa de liberdade, com a condição de comparecer, quando não estivesse encarcerado, ao local adequado para realização de exames e aplicação do hormônio. Na hipótese de tratamento interrompido, o indivíduo seria encaminhado novamente ao presídio para que cumprisse o restante da pena.

O preâmbulo da Constituição Federal traz a instituição de um Estado Democrático de Direito, com a principal característica sendo a força normativa do texto constitucional, o qual defende as prestações do Estado para o bem-estar social. Assim, refere-se promessa de um interesse da maioria, do bem-estar da população, mesmo que uma pequena parte não seja alcançada. A partir deste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pensamento que juristas se posicionam a favor da implementação da castração química no Brasil.

Cabe frisar que o tratamento mencionado jamais seria involuntário, sendo que não existe o intuito de violar a dignidade do ser humano.

Assim, dentro dos limites constitucionais, a pena de castração seria possível para condenados por crime de estupro.

Ademais, sendo, um tema polêmico, que abre margem para discussões e posicionamentos polarizados, há vantagens e desvantagens na utilização desse método para a inibição de comportamentos tendenciosas à prática de crimes sexuais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **O "direito" do condenado à castração química**, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10613/o-direito-do-condenado-a- castracao-quimica. Acesso em 23 set. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal - Parte Especial - Vol. 5.** Brasil. Ed.: Saraiva, 2015.

BRASIL. Centro de Apoio Operacional das Promotorias das Criança e Adolescente. Ministério Público do Paraná. **Estatísticas- Estrupo bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos**. Disponível em: http://crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTATISTICAS- Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao-meninas-de-ate-13-anos.html. Acesso em 20 jun 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

ESTRATÉGIAS CONCURSOS **A pena de castração química é constitucional?** https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/a-pena-de-castracao-quimica-e-constitucional/. Acesso em 01 nov 2019.

GOMES, Paulo. Brasil registra mais de 180 estupros por dia; número é o maior desde 2009.filha de São Paulo. 11. Set de 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/09/brasi

l-registra-mais-de-180-estupros-por-dia-numero-e-o-maior-desde-2009.shtml. Acesso em 20 jun 2020.

GRECCO, Rogério. **Código Penal: comentado**, 11. ed., Impetus: Rio de Janeiro, 2017.

HEIDE, Márcio Pecego. **Castração Química para os autores de crimes sexuais e o caso brasileiro,** 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9823/castracao-quimica-para- autores-de-crimes-sexuais-e-o-caso-brasileiro. Acesso em 23 jun. 2020.

HENRIQUES. Joana Gorjão. **A castração química no mundo**. Publico P. Dis ponível em: https://www.publico.pt/2018/01/28/sociedade/noticia/a-castracao-quimica-no-mundo-1801036. Acesso em 31 out. 2019.

JUSBRASIL. **Art. 222 da Lei de 30** https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11316190/artigo-222-da-lei-de-16-de-dezembro-de-1830. Acesso em 31 out 2019.

MATTOS, Geovana Tavares de. **Castração Química: análise crítica sobre sua aplicação como punição para delinquentes sexuais**. 2009. 199 f. Dissertação (Programa de Pós- Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

MORAES, Henrique Viana Bandeira. **Das funções da pena. Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito- penal/das-funcoes-da-pena/. Acesso em 23 jun. 2020.

P. **A castração Química no mundo** https://www.publico.pt/2018/01/28/sociedade/noticia/a- castracao-quimica-no-mundo-1801036. Acesso em 31 out 2019.

PAZ, Bárbara Bisogno. 2013. **A castração química como forma de punição para os criminosos sexuais**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp- content/uploads/sites/11/2018/09/barbara_paz.pdf. Acesso em: 15 jul. 2020

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: Parte especial – artigos: 184 a 288**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

R7 INTERNACIONAL. **Castração química já é usada como pena contra criminosos sexuais em vários países. Veja**

quais https://noticias.r7.com/internacional/fotos/castracao- quimica-ja-e-usada-como-pena-contra-criminosos-sexuais-em-varios-paises-veja-quais-04062016#!/foto/5. Acesso em 25 set 2019.

R7 PLANALTO. **Vários países adotam castração química para combater a pedofilia** https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/varios-paises-adotam-castracao-quimica-para- combater-a-pedofilia-26042019. Acesso em 31out 2019.

SENADO NOTÍCIAS. **Projeto de lei prevê castração química em reincidentes por crimes sexuais** https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2019/07/projeto-de-lei-preve-castracao- quimica-em-reincidentes-por-crimes-sexuais. Acesso em 25 set 2019.

SILVA, Cleonice Elias da Silva. **O problema dos altos índices de casos de estupros no Brasil.** Esquerda Dário. Movimento Revolucionista de Trabalhadores. Disponível em: https://esquerdadiario.com.br/O-problema-dos-altos-indices-de-casos-de-estupros-no-Brasil. Acesso em 22 jun 2020.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

UNITED STATES OF AMERICA. **California Penal Code Sections** 639-653.1. Disponível em: https://law.justia.com/codes/california/2005/pen/639-653.1.html. Acesso em: 10 out. 2019.

.WIKIPÉDIA. **Castração Química.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Castra%C3%A7%C3%A3o_qu%C3%ADmica. Acesso em 31 out 2019,

.WUNDERLICH, Alberto; FERNANDES, Marcio Borba. **Aspectos Controvertidos da Castração Química como Forma de Punição para Criminosos Sexuais**. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 397, novembro/2010.

NOTAS:

[1] Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Desenvolvimento do Centro Oeste (2005). Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins. E - mail: wellington@catolica-to.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[2] Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Gurupi (2005). Mestre pela Universidade de Marilia (2010). Doutora pela Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Professora de Direito da Faculdade Católica do Tocantins

[3] PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 2.

[4] BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, vol. 4.

[5] GRECCO, Rogério. Código Penal: comentado, 11. ed., Impetus: Rio de Janeiro, 20 17

[6] GRECCO, Rogério. Código Penal: comentado, 11. ed., Impetus: Rio de Janeiro, 20 17.

[7] GRECCO, Rogério. Código Penal: comentado, 11. ed., Impetus: Rio de Janeiro, 20 17. p 1128.

[8] BRASIL. Centro de Apoio Operacional das Promotorias das Criança e Adolescente. Ministério Público do Paraná. Estatísticas- Estrupo bate recorde e maioria das vítimas são meninas de até 13 anos. Disponível em: http://crianca.mppr.mp.br/2020/03/233/ESTATISTICAS-Estupro-bate-recorde-e-maioria-das-vitimas-sao- meninas-de-ate-13-anos.html. Acesso em 20 jun 2020.

[9] SILVA, Cleonice Elias da Silva. O problema dos altos índices de casos de estupros no Brasil. Esquerda Dário. Movimento Revolucionista de Trabalhadores. Disponível em: https://esquerdadiario.com.br/O-problema-dos- altos-indices-de-casos-de-estupros-no-Brasil. Acesso em 22 jun 2020.

[10] MORAES, Henrique Viana Bandeira. Das funções da pena. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 108, jan 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/. Acesso em 23 jun. 2020.

[11] MATTOS, Geovana Tavares de. Castração Química: análise crítica sobre sua aplicação como punição para delinquentes sexuais. 2009. 199 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

[12] WUNDERLICH, Alberto; FERNANDES, Marcio Borba. Aspectos Controvertidos da Castração Química como Forma de Punição para Criminosos Sexuais. Revista Jurídica, Porto Alegre, nº 397, novembro/2010.

[13] HEIDE, Márcio Pecego. Castração Química para os autores de crimes sexuais e o caso brasileiro, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/9823/castracao-quimica-para-autores-de-crimes-sexuais-e-o-caso- brasileiro. Acesso em 23 jun. 2020.

[14] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O "direito" do condenado à castração química, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10613/o-direito-do-condenado-a-castracao-quimica. Acesso em 23 set 2019.

[15] MATTOS, Geovana Tavares de. Castração Química: análise crítica sobre sua aplicação como punição para
delinquentes sexuais. 2009. 199 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) – Faculdade de Direito,
Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009, p. 24.

[16] R7 PLANALTO. Vários países adotam castração química para combater a pedofilia https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/varios-paises-adotam-castracao-quimica-para-combater-a-pedofilia-26042019. Acessado em 31 out 2019.

[17] UNITED STATES OF AMERICA. California Penal Code Sections 639-653.1. Disponível em: https://law.justia.com/codes/california/2005/pen/639-653.1.html. Acesso em: 10 out. 2019.

[18] HENRIQUES. Joana Gorjão. A castração química no mundo. Publico P. Disponivel em: https://www.publico.pt/2018/01/28/sociedade/noticia/a-castracao-quimica-no-mundo-1801036. Acesso em 31 out. 2019.

[19] TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. Pedofilia: aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 53.

[20] ESTRATÉGIAS CONCURSOS **A pena de castração química é constitucional?** https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/a-pena-de-castracao-quimica-e-constitucional/. Acessado em 31 out. 2019.

[21] AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. O "direito" do condenado à castração química, 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10613/o-direito-do-condenado-a-castracao-quimica. Acesso em 23 set. 2019.

www.conteudojuridico.com.br

HOLDING FAMILIAR E SUAS IMPLICAÇÕES NO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO

ISADORA FURTADO LELIS: Bacharelanda em Direito pela Universidade Católica do Tocantins

LEONARDO NAVARRO AQUILINO [2]

(Orientador)

RESUMO: O presente estudo mostrará as *holdings* familiares, que são empresas que detém o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas da mesma família com o condão de concentrar e facilitar a administração dos bens imóveis. É uma alternativa cada vez mais usada entre famílias ou grupos econômicos que visam, dentre vários aspectos, desenvolver um planejamento sucessório e tributário. A pesquisa proporcionará ao público o entendimento de como a holding familiar implica nos aspectos jurídicos do planejamento sucessório e tributário.

Palavras-chave: *Holdings*; Sucessão, Tributação; Administração; Planejamento; Familiar; Bens.

ABSTRACT: This study will show the family holding companies, which are companies that hold the assets of one or more individuals of the same family with the ability to concentrate and facilitate the management of real estate. It is an alternative increasingly used by families or economic groups that aim, among various aspects, to develop succession and tax planning. The survey will provide the public with an understanding of how the family holding company implies the legal aspects of succession and tax planning.

Keywords: *Holdings*; Succession, Taxation; Administration; Planning; Familiar; Assets.

Sumário: 1. Introdução. 2. O planejamento sucessório. 2.2 Tipos de planejamento sucessório. 2.2 *Holding*. 2.3 Planejamento tributátio. 3.Vantagens e desvantagens da constituição de uma *holding* familiar. 4. Possibilidades de fraudes tributárias na *holding*. 4.1 Atos praticados com abuso de direito e simulação. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As empresas familiares continuam sendo um grande pilar econômico brasileiro mesmo com a evolução da sociedade e do desenvolvimento empresarial do país. Este fato traz consigo a necessidade de sempre melhorar suas formas de administração e proteção do patrimônio para que este se prolongue pelas próximas gerações.

A *holding* vem sendo o instrumento mais procurado não só pelas famílias, mas também por grandes grupos econômicos, essa grande procura se deve ao fato de ser um mecanismo que consegue se adequar a suas necessidades especificas.

As *holdings* familiares nada mais são do que empresas que detém o patrimônio de uma ou mais pessoas físicas com o condão de facilitar a administração, aumentar a proteção do patrimônio e facilitar o planejamento sucessório e a tributação decorrente da sucessão.

Como se sabe, o cenário da empresa familiar vem mudando bruscamente, conforme a mulher vem ganhando espaço de fala no mundo empresarial. O cargo de sucessor, que antes era sempre dado pelo pai ao filho homem, agora também é ocupado por mulheres ou por mais filhos que conseguem com o intuito de levarem o legado familiar para as outras gerações.

Com todas essas mudanças, a *holding* se encaixa como uma boa saída, pois tem meios mais fáceis de promover o planejamento sucessório, com alternativas mais viáveis do ponto de vista tributário, de forma que o planejamento se ajuste perfeitamente a sua necessidade e que não seja preciso pagar tantos impostos. Isso se dá porque a *holding* permite que, por meio do instituto da doação, o pai doe uma empresa para os filhos, pagando apenas o imposto causa *mortis* e doação (ITCMD) e faça o contrato com as cláusulas protetivas como inalienabilidade, usufruto e incomunicabilidade e a partir dessa empresa os filhos comprem cotas na *holding* onde estão guardados os bens, evitando pagar ainda mais ITCMD, o que seria feito em caso de eventual inventário ou divisão por meio de pessoa física.

Neste contexto, as *holdings* estão sendo cada vez mais utilizadas na promoção do planejamento sucessório e tributário em conformidade com a lei, visando a divisão correta de bens e evitando futuros dissabores familiares quanto às questões sucessórias de patrimônio.

2 O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A sucessão está presente nas famílias desde a antiguidade, "é o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens." (GONÇALVES, 2017, p.13). Com o passar dos anos e com a evolução da sociedade a sucessão passou por diversas mudanças, a forma como se transmitia o patrimônio foi tomando a forma de lei a partir da ascensão do direito romano, com a lei da XII Tábuas que segundo Gonçalves, "concedia absoluta liberdade ao *pater* famílias de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui, agnati e gentiles*." (GONÇALVES, 2017, p.15).

Atualmente, na legislação brasileira, a sucessão de bens encontra-se prevista no livro cinco, artigo 1.784 e seguintes do Código Civil Brasileiro. O ordenamento jurídico classifica a ordem de vocação dos herdeiros legítimos segundo o artigo 1.829:

> Art. 1.829 A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
>
> I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
>
> II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
>
> III - ao cônjuge sobrevivente;
>
> IV - aos colaterais.

Os descendentes são os filhos, netos, bisnetos e assim por diante, as relações mais próximas excluem as mais distantes, os ascendentes são os pais, avós, bisavós e respeitam a mesma regra de proximidade do grupo anterior, já os cônjuges, que são os companheiros, concorrem tanto como meeiro como herdeiro, dependendo do regime de bens do casamento.

Os formatos familiares de hoje em dia, principalmente com a inclusão das mulheres nas atividades econômicas, vem sofrendo transformações em todos os aspectos, inclusive nos que tangem a sucessão de patrimônios dos pais para os filhos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

isso porque o modelo de sucessão como o inventário vem apresentando muitos problemas.

O inventário é basicamente o ato de se apurar o patrimônio do *de cujus* e avaliar todos os seus deveres e responsabilidades patrimoniais, quais sejam dívidas e créditos a fim de que se proceda partilha de bens entre os herdeiros.

> A palavra "inventário" deriva do latim inventarium, de invenire, que significa achar, encontrar, sendo empregada no sentido de relacionar, descrever, enumerar, catalogar o que "for encontrado", pertencente ao morto, para ser atribuído aos seus sucessores". (GONÇALVES, 2017, p.557)

Há dois tipos de inventários: O judicial, em que se faz necessário a contratação de um advogado para requerer em juízo a descrição dos bens deixados pelo falecido e a distribuição dos mesmos aos seus herdeiros, principalmente quando há menores incapazes ou discordância da proporção do quinhão entre eles; E há também o extrajudicial, que pode realizar-se quando todos os interessados são capazes e concordes, podendo ocorrer por meio de escritura pública.

O artigo 610, da Lei nº 13.105/15, que versa sobre o procedimento do inventário judicial.

> Art. 610. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.
> § 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.
> § 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial

O processo de elaboração de um inventário judicial é bem vagaroso e oneroso e muitas vezes este custo recai sobre os herdeiros, uma vez que o *de cujus* possa ter deixado apenas bens móveis e imóveis e não possua recursos financeiros. Em processos de inventário no Estado do Tocantins as custas obedecem a base de cálculo das alíquotas com base no valor da causa podendo chegar ao valor máximo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme dispõe o artigo 89, da Lei 1.287, de 2001, do Estado do Tocantins:

> Art. 89. O valor da TXJ resultará da aplicação, sobre a base de cálculo mencionada no artigo anterior, das seguintes alíquotas:
> I - 1%, em causas de valor inferior ou igual a R$ 23.000,00;
> II - 1,5%, em causas de valor superior a R$ 23.000,00 e inferior ou igual a R$ 117.000,00;
> III - 2,5%, em causas de valor superior a R$ 117.000,00.
> § 1º. O valor mínimo devido da TXJ será de R$ 50,00, inclusive nas causas de:
> I - valor inestimável;
> II - separação judicial ou de divórcio, quando inexistirem bens ou estes forem de valor inferior a R$ 5.000,00;
> III - inventários negativos
> § 2º. O valor máximo de cobrança da TXJ é limitado a R$ 50.000,00.

Além das custas, o inventário judicial requer também o pagamento do imposto de transmissão causa *mortis* e doação (ITCMD), que é um tributo de competência dos Estados e Distrito Federal e incide sobre o valor venal (valor de venda) da transmissão de qualquer bem ou direito. As alíquotas do ITCMD no Tocantins são calculadas da seguinte forma, segundo a Secretaria da Fazenda Estadual (TOCANTINS, *online*):

> Qual é a alíquota do ITCD no estado do Tocantins?
> As alíquotas do ITCD são:
> I – 2%, quando a base de cálculo for superior a R$ 25.000,00 e até R$ 100.000,00;
> II – 4%, quando a base de cálculo for superior a R$ 100.000,00 e até R$ 500.000,00;
> III – 6%, quando a base de cálculo for superior a R$ 500.000,00 e até R$ 2.000.000,00;
> IV – 8%, quando a base de cálculo for superior a R$ 2.000.000,00.

Ou seja, a soma total dos bens e direitos no valor de venda no momento do óbito da pessoa é o valor sobre qual a alíquota deve incidir, por exemplo: Um imóvel de R$1.000.000,00 (um milhão de reais) incidirá a alíquota de 6%, devendo seus herdeiros arcarem com o valor de R$60.000,00 (sessenta mil reais) deste imposto.

Há também os custos com honorários advocatícios, tanto no inventário judicial como no extrajudicial, pois é obrigatória a presença do advogado. Os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

honorários costumam depender da complexidade do caso e da condição do patrimônio envolvido, a tabela da Ordem Dos Advogados do Brasil da Seccional Tocantins recomenda o valor de 4% de cada quinhão.

2.1 TIPOS DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Em decorrência de todos os custos, da demora e pelas eventuais brigas por patrimônios entre herdeiros, muitas empresas familiares acabavam fechando e não perpetuando pelas próximas gerações. A partir deste cenário, a empresas têm resolvido se organizar de uma forma diferente para conseguir permanecer no mercado por muito tempo, com isso, os aplicadores do direito desenvolveram técnicas de planejamentos sucessórios diferentes do inventário, dentre elas temos as mais usuais. Partilhas de bens em vida, que "é feita pelo pai ou qualquer ascendente, por escritura pública ou testamento, não podendo prejudicar a legítima dos herdeiros necessários." (GONÇALVES, 2017, p.647).

Prescreve o art. 2.014 do Código Civil: "Art. 2.014. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas". Nela o testador pode determinar os bens que integrarão os quinhões com o intuito de evitar eventuais conflitos decorrentes da divisão. É importante salientar que deve ser respeitada a legítima dos herdeiros para que haja validade;

Doação é o ator em que o ascendente transfere seus bens ou vantagens para o donatário através de uma transmissão lavrada em cartório acompanhada de alguns requisitos legais, quais sejam: capacidade das partes, licitude do objeto da doação, forma prescrita em lei e aceitação do donatário em receber a coisa. Este instituto veda a doação total de seu patrimônio, é preciso que se preserve cinquenta por cento deste para seus herdeiros legítimos, e, em caso de regime de casamento em comunhão total ou parcial e bens, deve se observar a parte que pertence ao cônjuge, sobrando para doação apenas vinte e cinco por cento. A doação tem a vantagem de poder ser feita pouco a pouco, o que permite o pagamento do imposto de transmissão causa *mortis* à medida que as doações forem sendo feitas.

No contrato de doação é dado ao titular dos bens algumas formas de se proteger, que são as cláusulas de incomunicabilidade que impossibilita a divisão com o conjugue, inalienabilidade que veda a possibilidade de venda do bem, impenhorabilidade que impossibilita que o bem seja dado em garantia, reversão que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

garante que o bem volte ao doador no caso em que o herdeiro venha a falecer antes e usufruto que permite que o doador possa fazer uso do bem mesmo que já tenha transmitido a titularidade.

Testamento é ato mediante o qual uma pessoa dispõe de seus bens, no todo ou em parte, para depois de sua morte. É um ato personalíssimo conforme dispõe o artigo 1.858 do Código Civil que diz que ele é personalíssimo e pode ser mudado a qualquer tempo, constitui negócio jurídico unilateral, é solene, ato gratuito, essencialmente revogável sendo inválida clausula que determina a revogação e é também ato causa *mortis*, ou seja, só produz efeito após a morte do testador. Dentre essas maneiras de planejamento sucessório há também a *holding*, motivo principal deste estudo, iremos nos debruçar adiante nos aspectos relevantes da *holding* e de como ela pode contribuir do ponto de vista tributário.

2.2 *HOLDING*

As empresas familiares são um dos pilares da economia do Brasil desde sua independência até os tempos atuais, elas ainda assumem a posição de liderança no mercado e continuam em demasiado crescimento no campo econômico e empresarial brasileiro. "Dados do IBGE e do SEBRAE mostram que 90% (noventa por cento) das empresas no Brasil ainda são familiares. Elas representam cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) do PIB e empregam 75% (setenta e cinco por cento)da força de trabalho do país"(EXAME, 2019). Ainda, segundo a revista EXAME (2019, s.n.), "O principal motivo para isso é mudança do modelo de gestão, que permite contornar conflitos internos, criar processos mais dinâmicos e introduzir novas tecnologias com o objetivo de expandir dos negócios." Dentro dessas perspectivas e modelos, temos o surgimento da *holding* familiar, um alternativa cada vez mais usada entre as famílias Brasileiras.

A expressão *holding* tem origem no direito norte-americano e vem do verbo *to hold* que significa o ato de segurar, deter ou ter o domínio. No direito esta tradução indica que a *holding* "serve para designar pessoas jurídicas (sociedades) que atuam como titulares de bens e direitos, o que pode incluir bens imóveis, participações societárias, propriedade industrial (patente, marca etc.) investimentos financeiros etc". (MAMEDE, MAMEDE, 2017, p.28).

De forma mais direta, pode se definir *holding* como uma sociedade que detém a participação societária de ou em outras empresas, de forma que tenha sido constituída só para essa finalidade, sendo uma sociedade de participação, ou não,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sendo uma *holding* mista. (MAMEDE, MAMEDE, 2017, p.28). A legislação brasileira em sua Lei nº 6.404/ que dispõe sobre Sociedades por Ações coloca-a definitivamente como forma jurídica em seu artigo 2º, §3º que: "A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais".

Esta modalidade empresarial se divide em alguns subtipos que se encaixam em diversas situações, objetivos e necessidades específicas que pedem a constituição de uma *holding*, portanto, não há uma equação universal que se aproveite a todas empresas, há casos em que a *holding* pode ser a opção mais vantajosa e há casos em que será desvantajosa tal constituição (MAMEDE, MAMEDE, 2017, p.28). Segundo Gladston Mamede e Eduarda Cota Mamede (2017, p.30) podem ser observadas as seguintes espécies de *holding*:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: Mamede e Mamede (2017, p. 31).

Em síntese, quando há outra finalidade além de participar ou controlar outras empresas, como, por exemplo, indústria ou prestação de serviços a *holding* é mista, e quando a única finalidade é realmente apenas a participação ou controle de outras empresas a *holding* é considerada pura. A *holding* familiar não tem sua classificação como um tipo específico, pois devem ser analisados outros aspectos segundo Mamede e Cotta Mamede:

> [...] chamada *holding* familiar não é um tipo específico, mas uma contextualização específica. Pode ser uma *holding* pura ou mista, de administração, de organização ou patrimonial, isso é indiferente. Sua marca característica é o fato de se enquadrar no âmbito de determinada família e, assim, servir ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> planejamento desenvolvido por seus membros, considerando desafios como organização do patrimônio, administração de bens, otimização fiscal, sucessão hereditária etc. (2017, p.30)

A constituição de uma *holding* familiar obedece principalmente a necessidade de organização das atividades empresariais e controle entre as áreas que são produtivas e as áreas meramente patrimoniais, além da facilitar a administração entre os membros de uma mesma família, também é muita usada com o condão de ser um instrumento benéfico para o planejamento sucessório a fim de proteger o patrimônio na partilha e evitar eventuais desentendimentos familiares causados pela divisão de herança.

Djalma Oliveira (2010, p. 25), tem o seguinte entendimento:

> A formação de uma empresa holding familiar promove a reunião de todos os bens pessoais no patrimônio desta sociedade, oferecendo a seu titular a possibilidade de entregar a seus herdeiros as cotas ou ações, na forma que entenda mais adequada e proveitosa para cada um, conservando para si o usufruto vitalício dessas participações, o que lhe proporciona condições de continuar administrando integralmente seu patrimônio mobiliário e imobiliário.

Quanto à natureza e tipo societário a *holding* não obedece a um tipo especifico de sociedade e nem de natureza especifica, elas são caracterizadas primordialmente pela sua função e pela necessidade de cada família. Ela pode se enquadrar em diversos modelos como: sociedade empresarial, sociedade estatuária, sociedade contratual, sociedade em comandita simples. (MAMEDE, MAMEDE, 2017).

Devido ao grande leque de opções que abrem diversas possibilidades a escolha do tipo societário "deve focar nas características da (s) atividade (s) negocial (is) titularizada (s) e, até, nas características da própria família para, assim, identificar qual é o tipo societário que melhor se amoldará ao caso concreto". (MAMEDE, MAMEDE, 2017, p.107).

As principais diferenças da natureza da sociedade são se elas serão simples ou empresária. Suas maiores diferenças estão na abertura no momento do registro, Mamede e Mamede (2017, p. 108) explica:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] Sociedades simples são registradas nos Cartórios de Registro Público de Pessoas Jurídicas; sociedades empresárias, por seu turno, nas Juntas Comerciais. A distinção não é singela, considerando que as Juntas Comerciais têm um controle mais rígido sobre os atos empresariais, atos societários e afins.

Os principais tipos societários levados em conta na constituição de uma *holding* são a sociedade simples comum, sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, limitada e anônima, explicadas a seguir em um breve apanhado:

Figura 1 Mamed

Portanto, é impc e que mais se encaixa no caso concreto e no obje m a constituição de uma *holding*.

2.3 PLANEJAMENTO TF

Vivendo em um utária o brasileiro sempre leva em consideração em cada escolha feita a tributação que determinada atitude gerará, afinal, estamos falando de um país em que 35,07%(trinta e cinco vírgula sete

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) vem de tributos. Levando em consideração tal fato, o planejamento tributário passa a ser uma necessidade do contribuinte, principalmente do que exerce a profissão de empresário ou do que possua muitos bens, pois no planejamento mal feito ou mal sucedido incidirá multa de oficio, juros de mora e problemas com a Receita Federal, o que tonará ainda mais complicado o pagamento do débito.

O planejamento tributário tem o propósito de promover a elisão fiscal, ou seja, adequar uma empresa ao formato mais vantajoso do pagamento de tributos dentro da legalidade visando à economia legal de tributos. Com a constituição de uma *holding* aliada ao planejamento sucessório e tributário é possível promover a transmissão dos bens aos herdeiros de forma menos onerosa do que outros tipos de sucessão como o inventário.

> A constituição da holding familiar se encarta numa compreensão maior dos desafios relativos ao patrimônio e às atividades negociais, observando os respectivos impactos fiscais e examinando lhes a adequação e, mais do que isso, as oportunidades existentes no sistema legal vigente. Essas oportunidades não são poucas. Em verdade, em muitos casos (e não em todos) a legislação fiscal oferece balizas que podem definir cenários mais ou menos onerosos, definidos a partir da conformação adotada pelo contribuinte. Essas oportunidades justificam que a opção pela constituição de uma holding familiar se faça acompanhar de um planejamento tributário que, de resto, pode justificar mesmo a adoção de uma estrutura societária mais complexa, multissocietária [...] (MAMEDE E MAEDE, 2017, p.103,104)

Este benefício depende do caso em particular, uma vez que cada situação está submetida a uma alíquota diversa para pessoas físicas e jurídicas, e que dependem no caso da *holding* de alguns fatores específicos derivados do regime tributário escolhido, enquanto na pessoa física a definição de alíquotas se faz em função do valor dos rendimentos auferidos. Para a questão sucessória são observadas a incidência de dois tributos tanto na pessoa física quanto na jurídica que são o imposto sobre transmissão de bens imóveis- ITBI e imposto sobre transmissão causa *mortis* e doação(ITCMD).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O ITBI é um imposto de competência municipal e tem como fato gerador a transmissão de bens e imóveis "*inter vivos*" sendo necessário o pagamento do mesmo para oficialização do processo de compra e venda. Sua alíquota é variável e definida em cada município, no caso de Palmas, Tocantins a alíquota corresponde a 2% com base no valor venal do bem. Este imposto incide apenas nas sucessões feitas com pessoas físicas e é tributado sobre cada imóvel, ou seja, em cada bem que deverá ser transmitido ao herdeiro haverá a incidência de ITBI.

Nas pessoas jurídicas como é o caso da *holding* não há a incidência deste imposto pois a transmissão é feita mediante a integralização de capital com bens e direitos. Diz o artigo 156, §2º, inciso I da Constituição Federal de 1988:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
> (...)
> II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
> (...)
> § 2º O imposto previsto no inciso II:
> I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Considera-se atividade preponderante quando mais de 50%(cinquenta por cento) da receita operacional nos dois anos anteriores e subsequentes à aquisição no decorrer dessas transações.

O imposto de transmissão causa *mortis* e doação (ITCMD) é de competência dos Estados e Distrito Federal, tem seu fato gerador na transmissão de qualquer bem ou direito havido por sucessão legítima ou testamentária e pode ser incidido tanto na pessoa física quanto na jurídica, o Estado do Tocantins fixou a alíquota de 2% (dois por cento) por transmissão. O Código Tributário Nacional em seu artigo 41 diz: "Art. 41. O imposto compete ao Estado da situação do imóvel transmitido, ou sobre que versarem os direitos cedidos, mesmo que a mutação patrimonial decorra de sucessão aberta no estrangeiro", ou seja, é importante salientar que a alíquota que

incidirá na transmissão será de acordo com o Estado onde o bem esteja, e, portanto pode variar bastante caso o sucessor tenha deixado bens em diversos lugares.

Na *holding* familiar a sucessão é realizada ainda vida evitando os custos de um processo de inventário. Ela pode ocorrer com base na doação de quotas com a cláusula reserva de usufruto e a tributação do ITCMD incidirá no valor de compra desta quota gerando uma tributação menos onerosa em relação à pessoa física, pois neste caso é transmitida a propriedade da quota da empresa (*holding*) que possui os bens e não o bem em si. Portanto além de não se pagar ITBI, paga-se somente um tributo menor de ITCMD na transmissão das quotas.

Enquanto na pessoa física, além de se pagar o ITBI, paga-se o ITCMD pelo valor de venda de cada imóvel além de custos com inventário. A *holding* quando bem feita e dentro da legalidade é uma boa saída em casos onde se tenha muito patrimônio a ser dividido.

3. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA CONSTITUIÇÃO DE UMA *HOLDING* FAMILIAR.

Quanto aos planejamentos sucessórios e tributários a holding apresenta diversas vantagens e desvantagens, pois como foi explanado durante o estudo ela não possui fórmula mágica e pode se adaptar aos mais diversos casos, mas é preciso sempre ter cuidado.

No planejamento sucessório a *holding* permite a vantagem de promover a continuidade no comando familiar da empresa, pois há um tempo de preparo antes da sucessão de fato, a governança corporativa que leva a otimização dos resultados e um padrão de administração que se consegue com a sucessão familiar pois os sucessores são preparados desde a juventude e evita possíveis conflitos familiares decorrentes da partilha dos bens.

Neste mesmo viés pode ocorrer a desvantagem de problemas com a hierarquia devido à mistura de relações familiares e profissionais e há também os casos em que pode se ocorrer a tentativa de fraude na sucessão usando a *holding*, quando o sucessor tenta excluir um herdeiro da partilha e não observa o que dispõe o ordenamento jurídico sobre a legítima. As tentativas de fraudes como simulação de atos para prejudicar os herdeiros são nulas de pleno direito, diz o artigo 167 do Código Civil Brasileiro:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
> § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
> I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
> II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
> III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

No planejamento tributário as vantagens são bem especificas e geralmente é o que se torna o atrativo para a constituição de uma *holding* que é a transmissão de bens de forma menos onerosa possível aos herdeiros. Acontece que, se não for bem calculada o que é benéfico pode acabar trazendo um grande risco a empresa caso haja evasão fiscal.

A evasão fiscal nada mais é do que a sonegação de impostos por uso de meio ilícitos. Para Oliveira, a sonegação fiscal, subentende a necessária ocorrência do fato gerador, e só ocorre quando alguém tenta simular, esconder ou descaracterizar o fato gerador já verificado. Por uma perspectiva econômico-financeira, a evasão ocorre pelo fato do contribuinte não transferir, deixar de pagar integralmente ou parcela devida ao fisco a título de imposto, determinada por força legal.

A Lei nº 4. 729/65, em seu art. 1º define como sendo crime de sonegação fiscal:

> Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:
> I - prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos, taxas e quaisquer adicionais devidos por lei;
> II - inserir elementos inexatos ou omitir, rendimentos ou operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de exonerar-se do pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública;
> III - alterar faturas e quaisquer documentos relativos a operações mercantis com o propósito de fraudar a Fazenda Pública;
> IV - fornecer ou emitir documentos graciosos ou alterar despesas, majorando-as, com o objetivo de obter dedução de tributos

devidos à Fazenda Pública, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

V - Exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário da paga, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida do imposto sobre a renda como incentivo fiscal.

Portanto, para casos onde haja simulação ou fraude na pessoa jurídica, de modo que ela só funcione como estratégia para simular venda, esconder patrimônios e se livrar dos impostos a Receita Federal vem fiscalizando de forma rígida e pedindo a desconsideração da personalidade jurídica da empresa.

4. POSSIBILIDADES DE FRAUDES TRIBUTÁRIAS NA HOLDING

Diante de todo o explanado durante o trabalho, cumpre apontar alguns aspectos utilizados que visam burlar a tributação com a constituição da holding, como a evasão fiscal para sonegação de impostos.

Muitas vezes, busca-se na realidade evitar o pagamento de alguns quinhões hereditários de herdeiros necessários, burlar credores, evitar o pagamento de imposto de transmissão, e outros tributos devidos a Fazenda Pública em evidentes atos de fraude ou sob um rótulo de uma suposta "Blindagem Patrimonial" conforme bem ensina Delgado (2018).

Face há tudo que há de bom na constituição da holding para promover um planejamento sucessório, existem estas questões que muitas vezes fazem com que a empresa seja vista com maus olhos pelos julgadores quando enfrentam o tema em processos judiciais.

4.1 ATOS PRATICADOS COM ABUSO DE DIREITO E SIMULAÇÃO

Todo negócio jurídico celebrado com fim de fraudar a lei imperativa é nulo, conforme preconiza o artigo 167 do Código Civil que diz expressamente que é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido na forma e substância.

Neste sentindo, Destaca Delgado (2018) que a simulação de doação em compra em venda também pode ser utilizada para fraudar o pagamento de tributos, pois a alíquota do ITBI costuma ser mais baixa que a do ITCMD.

A simulação, portanto, se relaciona aos elementos considerados essenciais para sua definição, sendo três principais: intenção da divergência entre a vontade e a declaração; acordo simulatório; e, intenção de enganar terceiros. Nesse mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diapasão, a simulação fiscal, seria aquela que objetiva obscurecer a realidade, prejudicando o fisco, que tido como terceiro na operação

Outra forma de fraude também é a integralização do capital social, onde o autor da herança constitui uma pessoa jurídica na qual integraliza grande parcela ou a totalidade de seu patrimônio, tendo como sócios terceiros "laranjas", em negócio que ao contrário da simulação, é substancialmente real, embora fraudulento.

A partir destes casos os tribunais brasileiros começaram a formular entendimentos judiciais no sentindo de reprimir estas ações criminosas que muitas vezes acabam manchando as qualidades de se constituir uma holding, senão vejamos:

> VOTO No: 35700 AGRV.No: 2182416-38.2019.8.26.0000/50000 COMARCA: MOGI DAS CRUZES AGRAVO INTERNO em AGRAVO DE INSTRUMENTO MANDADO DE SEGURANÇA LIMINAR Município de Mogi das Cruzes ITBI – Incorporação de imóvel em realização de capital social - Transmissão imobiliária Imunidade Não cabimento, pois há indícios de que a atividade preponderante da incorporadora seja a locação de bens móveis. Ademais, a suspeita de simulação vislumbrada pelo juiz a quo não foi impugnada diretamente - RECURSO IMPROVIDO.
>
> RECURSO ESPECIAL No 1.276.692 - RS (2011/0167448-4)PROCESSUAL CIVIL. ADUANEIRO. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. PENA DE PERDIMENTO DA MERCADORIA NA IMPORTAÇÃO. INTERPOSIÇÃO FRAUDULENTA DE TERCEIRO. OCORRÊNCIA DE SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7/STJ. APLICAÇÃO DO ART. 23, V, DO DECRETO-LEI N. 1.455/76, ART. 94, §2o, DO DECRETO-LEI N. 37/66 E ART. 136, DO CTN. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA SEGUIMENTO (ART. 557, CAPUT, CPC).

Nestas decisões resta claro que atualmente para se promover este tipo de planejamento sucessório é necessária uma conduta extremamente minuciosa quanto a distribuições de bens, pois o judiciário brasileiro vem atuando de forma árdua afim de evitar fraudes fiscais. Por isso, é sempre levar em conta suas reais intenções e o tamanho do patrimônio quando optar por este tipo de sucessão.

5. CONCLUSÃO

Findo os estudos abordados no que tange a temática do presente artigo, foram discutidos os principais aspectos que devem ser levados em conta na hora de

decidir pela constituição de uma *holding* com a finalidade de sucessão de bens para seus herdeiros.

Conforme o estudado, se constata que a *holding* é um instrumento muito particular e maleável a cada caso concreto, por isso, é imprescindível agir com cautela e apoio jurídico para que não haja ilegalidades, pois o judiciário vêm atuando de forma incisiva no combate a fraudes por meio do referido instituto.

Diante o exposto, cabe a cada empresário, por meio de um estudo minucioso, decidir sobre a implantação do instituto para administrar seus bens e promover a sucessão, levando em conta suas peculiaridades de seu caso concreto.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm> Acesso em 11 nov 2019.

BRASIL. Lei **nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406 compilada.htm> Acesso em: 11 nov 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016.** Institui o Código de Processo Civil Brasileiro. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 11 nov 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.729 de 14 de julho de 1965.** Define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em:<https://www.jusbrasil.com.br/ topicos/11268091/artigo-1-da-lei-n-4729-de-14-de-julho-de-1965> Acesso em: 11 nov 2019

BRASIL. **Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172 Compilado.htm> Acesso em: 11 nov 2019

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ LEIS/L6404consol.htm>. Acesso em: 30 set 2019.

DINO. Empresas familiares assumem liderança de mercado. Disponível em:<https://exame.abril.com.br/negocios/dino/empresas-familiares-assumem-lideranca-de-mer cado/>. Acesso em: 30 set 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**:direito das sucessões. v 7. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LUKIC, Melina de Souza Rocha. **Planejamento Tributário**. 2012. Apostila de Planejamento Tributário para o curso de Direito da FGV Rio. Disponível em: < https://www.passeidireto.com/arquivo/10841786/apostila-planejamento-tributario-fgv-2012---melinade-souza-rocha-luckic> Acesso em: 03 set. 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamento de metodologia cientifica**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. ***Holding*, administração corporativa e unidade estratégica de negócio:** uma abordagem prática. São Paulo, Atlas, 1995.

OLIVEIRA, Gustavo Pedro de. **Contabilidade Tributária**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RICHARDSON, R.J. **Pesquisa social:** métodos e técnicas. 3 ed. São Paulo, Atlas, 1999.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos** uma orientação para a pesquisa e normas técnicas. Porto Alegre/RS: AGE Ltda., 2006.

TOCANTINS. **Lei nº 1.287 de 28 de dezembro de 2001.** Dispõe sobre o Código Tributário do Estado do Tocantins. Disponível em: <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/Leis/Lei1.287-01Consolidada.htm> Acesso em: 11 nov 2019.

TOCANTINS. Secretaria da Fazenda e Planejamento. **ITCD.** Disponível em:<http://www.sefaz.to.gov.br/perguntas-frequentes/itcd/>. Acesso em: 30 set 2019.

www.conteudojuridico.com.br

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, A INSUFICIÊNCIA NOS ATENDIMENTOS, NA DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS E O INSUCESSO NA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ALBERT LUCAS SOUSA EGAS SOARES:
Acadêmico do Centro de ensino Luterano do Brasil (UlBRA)

Resumo: Esse artigo tem como objetivo analisar os argumentos apresentados pelo Poder Público para justificar o insucesso nas garantias dos direitos fundamentais a saúde e mostrar o quão nocivo é a Judicialização da Saúde quando praticada em excesso. Analisar a atual interação entre Poder Judiciário e Poder Público em prol da saúde, comparar os argumentos apresentados para a atuação do Poder Judiciário na saúde e o notório descaso do Poder Público e por fim analisar as consequências negativas na execução orçamentária impostas a administração pública mediante decisão judicial e para esse propósito foi utilizado o método hipotético-dedutivo, sendo a área delimitada para o estudo a cidade de Manaus. A pesquisa foi exploratória envolvendo: levantamento bibliográfico; entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado e análise de exemplos que estimulem a compreensão. A investigação foi realizada com pesquisa do tipo documental, restrita a documentos escritos contemporâneos e primários. As fontes documentais utilizadas: documentos oficiais de arquivos públicos.

Palavra-chave: Judicialização da saúde- poder judiciário- direitos fundamentais- poder público

Abstract: This article aims to analyze the arguments presented by the Public Power to justify the failure to guarantee fundamental health rights and show how harmful the Judicialization of Health is when practiced in excess. Analyzing the current interaction between the Judiciary and Public Authorities in favor of health, compare the arguments presented for the Judiciary's performance in health and the notorious neglect of the Public Authorities and finally analyze the negative consequences in budget execution imposed on public administration through decision judicial. For this purpose, the method used for this project will be the hypothetical-deductive method. The area defined for the study was the city of Manaus. The research was exploratory involving: bibliographic survey; interviews with people who had practical experiences with the researched problem and analysis of examples that stimulate understanding. The investigation was carried out with documentary type research, restricted to contemporary and primary written documents. The documentary sources used: official documents from public archives.

Keyword: Judicialization of health - judiciary - fundamental rights - public power

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. O alto índice de judicializações. 3. O Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil. 4. A insuficiência do Estado em garantir os direitos fundamentais e a legitimidade da atuação do poder judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde. 5. Os impactos das judicializações. 6.Considerações finais. 4.Referências.

1.Introdução

Em a metamorfose, livro de Franz Kafka, o protagonista Gregor Samsa é subitamente transformado em um inseto monstruoso, o que atrapalha bastante sua vida, visto que é ele quem prover a família trabalhando como cacheiro viajante e por causa de sua doença, passa de provedor a sustentado e começa a se tornar um fardo para família que o coloca em um quarto quase vazio à espera da morte e quando enfim Gregor Samsa morre, o resto da família segue normalmente suas vidas.

Ao contrastar essa narrativa ficcional com a realidade brasileira pode-se traçar paralelos entre o protagonista e o povo brasileiro, e a família e o Poder Público. O povo trabalha e consequentemente gera renda para o Poder Público e enquanto esse sistema funciona tudo permanece bem, todavia, quando esse conjunto depara-se com uma situação inesperada, no caso de Gregor Samsa, uma transformação, no caso do povo uma doença ou desemprego, nota-se um total descaso do Poder Público para com o povo, deixando esse último em total abandono.

Essa constatação ficou notória na recente pandemia de coronavírus cujo o alto índice de contaminação mais a alta taxa de mortalidade entre as pessoas do grupo de risco, assustaram o mundo. No Brasil, houve um evidente colapso do sistema de saúde acarretando na morte de milhares de pessoas, essas ficaram sem atendimento e em completo abandono.

Esse colapso precoce foi um reflexo do desleixo do poder público com a área da saúde, para a qual é reservada uma pequena parcela de orçamento para servir a uma grande demanda. E desse pequeno orçamento muito é desviado seja por meios ilícitos, como a lavagem de dinheiro ou por meios lícitos como as liminares judiciais.

E essas liminares acontecem devido o descaso do poder público para com a população, esta se vê obrigada a solicitar auxílio do Poder Judicial, este por sua vez determina por meio de liminar o medicamento ou o atendimento solicitado. Tal fenômeno é inegavelmente um marco para a conquista dos direitos fundamentais, todavia deveria ser a exceção contudo, tornou-se a regra. Essa disfunção gera inúmeros impactos orçamentários, desvio nas verbas dos programas governamentais e ineficácia prática pois muito é gasto para beneficiar poucas pessoas e essas não são plenamente satisfeitas.

Nesse sentido o Instituto Insper afirma:

> Em 2016, o gasto com demandas judiciais na saúde consumiu R$ 1,3 bilhões. A lista com os dez medicamentos mais caros é responsável por 90% desse valor.
>
> O dinheiro está saindo de outros programas da saúde e de outros segmentos do orçamento federal, embora haja pouca clareza e avaliação sobre os impactos mais gerais desse fenômeno. (INSPER, 2019)

Esse debate é necessário para levantar o questionamento e buscar soluções a fim de libertar o Poder Público do excesso de demanda judicial, melhorar o atendimento do SUS, colocar na pratica todos os seus fundamentos além de levantar outros fatores prejudicais envolvendo a judicialização. Nesse sentido Cirico, Resner e Rached (2019, pg.63) levantam a tese de que até os advogados nas judicializações são um problema, eles afirmam:

> Além disso, é de conhecimento geral, a quantidade de advogados que se especializaram nas causas da saúde, mas que não levam em consideração todas as questões que envolvem a judicialização e todo mal que podem causar ao sistema de saúde como um todo e até ao seu próprio cliente. (CIRICO, RESNER E RACHED, 2019, pg.63)

E sobre os advogados, os autores revelam um esquema realizado por eles:

> Esses advogados, geralmente pedem mais do que aquilo que o paciente necessita, sempre incluem danos morais nos processos e já possuem as petições previamente prontas, apenas alterando a causa, conforme o pedido do cliente. Este é um dos agentes que está envolvido na judicialização e lógico, fazendo o seu trabalho, mas sem considerar nenhum outro fato que envolva a saúde como um todo, e assim prejudicando o sistema. Com isso, dá para enxergar o grande jogo de interesses que envolve a saúde no Brasil. (CIRICO, RESNER E RACHED, 2019, pg.63)

Ademais, há também a questão do interesse farmacêutico, os laboratórios e os hospitais privados que se beneficiam dessa disfunção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A judicialização da saúde revela-se um assunto atual e relevante no cenário brasileiro gerando debates entre doutrinadores, centros de pesquisa e ministros do supremo tribunal. Esse trabalho busca colaborar nesses debates e incentivar as pessoas a buscarem seus direitos e a entenderem o funcionamento de certas engrenagens do sistema político. Pois de fato o povo brasileiro é privilegiado por ter a constituição de 1988, o sistema único de saúde e os direitos fundamentais, porém ter os direitos sem a efetividade de nada serve. As liminares concedidas pela justiça são métodos paliativos, uma forma de estancar uma ferida aberta, porém a saúde pública, o orçamento deficitário e o sucateamento do SUS precisam de ações para um tratamento eficaz e completo para o benefício de todos.

2. O alto índice de judicializações

O Direito à Saúde dilatou-se consideravelmente nos últimos anos, talvez mais do que os outros Direitos Fundamentais. E a Judicialização é um dos grandes fundamentos que apresentaram tal situação.

Esse fenômeno ocorre, entre muitos fatores, devido à má gestão e gerência dos recursos e verbas destinados a área da saúde, sendo esses mal aproveitados, muitas pessoas voltam-se para o poder Judiciário a fim de fazer valer seus direitos expressos na Constituição Federal;

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL,1988)

O Brasil localiza-se nos últimos lugares, desde de 2008, no ranking anual de eficiência de sistemas nacionais de saúde, editado pela agência de negócios Bloomberg. No ano de 2015, o Brasil passou a ocupar a última posição do ranking, demonstrando que o gasto com saúde no País não se converte numa entrega efetiva de um serviço público de qualidade para a população, conforme fora supracitado.

Em razão disso, aumentam as demandas judiciais em prol da concessão de tratamentos médicos e da entrega de medicamentos para pessoas que não obtiveram a prestação voluntária do Estado, o que gera consequências negativas na execução orçamentária, porquanto os provimentos jurisdicionais afetam sensivelmente a efetivação de políticas públicas nesta área, em que os recursos são extremamente escassos.

Tal situação é preocupante em termos do elevado número de ações judiciais que tratam sobre saúde, conforme ilustrado em estudo elaborado pela Advocacia - Geral da União – Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde (2013), a União foi demandada no polo passivo: no ano de 2009, em 10.486 novas ações; no ano de 2010, 11.203 novas ações; no ano de 2011, 12.436 novas ações e por fim no ano de 2012 13.051.

Essas ações transmutam-se em um montante considerável quando avaliadas em questão monetária. Segundo o Ministério da Saúde, em oito anos, o órgão desembolsou R$ 5 bilhões para atender a determinações judiciais para a compra de medicamentos, insumos e suplementos alimentares, um incremento de 912% entre 2010 e 2017. Em 2016, esse ministério despendeu R$ 1.157.375.425,35 para atender apenas 1.262 pacientes. Em 2017, o Ministério da Saúde destinou R$ 1,02 bilhão para aquisição de medicamentos e tratamentos exigidos por demandas judiciais. Estima-se que, em 2018, ele tenha gasto R$ 1,3 bilhão para cumprir as decisões judiciais.

Em suma, o Poder Público gasta enormes montantes financeiros, em uma área onde os recursos são escassos, a fim de cumprir as decisões judiciais, todavia, toda essa verba é destinada para o auxílio de poucas pessoas e no geral o atendimento continua deficitário e a população desfavorecida de seus direitos constitucionais. Como pode confirmar a Professora Tania de Oliveira Pereira, uma das entrevistadas para esse trabalho, com uma mãe acamada e necessitando de vários cuidados, Tania necessita de muitos auxílios inclusive de fraudas geriátricas, necessidade essa que não foi suprida pelo Estado, logo ela se viu buscando auxílio do Poder Judiciário e o resultou no Estado sendo obrigado a oferecer um pacote de fraudas por mês, algo inferior ás suas necessidades. Esse é apenas um dos muitos casos onde o Estado é obrigado a fornecer um material ou atendimento, porém o serviço é deficiente.

Sem dúvida a judicialização da saúde é um marco para a conquista dos direitos fundamentais, porém quando o descaso do Poder Público obriga o Judiciário a tomar o protagonismo e a demanda de liminares se torna notória, o resultado é, entre outras, um orçamento estatal prejudicado e população insatisfeita.

3. O Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil

Outrora o acesso a saúde era associada a produtividade, ou seja, mediante um contrato entre empregado e empregador, o empregado tinha acesso a ramos da área da saúde, posteriormente Getúlio Vargas desenvolve os Institutos de Aposentadoria e Pensão aumentando o acesso a saúde a outros ramos profissionais, todavia é notório o monopólio do acesso a saúde apenas àqueles ligados à força de trabalho. Quem tinha emprego e servia ao Estado, recebia os tratamentos adequados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Somente com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a instituição do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme artigos 196 a 198 da Lei Maior, com as seguintes regras: regionalização; hierarquização; descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade. A sua regulamentação veio à tona com a Lei n. 8.080/1990, a qual operacionalizou o atendimento público da saúde.

Porém, somente a criação de regras jurídicas que estabeleçam uma obrigação não necessariamente traduz-se em efetividade. O SUS passou, em seus primeiros anos, por crises sistemáticas e estruturais, advindas da falta de recursos suficientes para a construção de hospitais, aquisição de aparelhos e pagamento de despesas correntes imprescindíveis para o funcionamento do sistema como um todo.

Assim o SUS se tornou um sistema defasado e ineficiente, apesar do crescimento observado na arrecadação de contribuições sociais, a participação da saúde no montante destes recursos caiu progressivamente. Ou seja, ao mesmo tempo que a Constituição de 1988 universalizava o direito à saúde e responsabilizava o Poder Público por garanti-lo, a participação proporcional do Ministério da Saúde no orçamento da seguridade social e o percentual do PIB destinado ao setor diminuíram nos anos seguintes a 1989. Esse quadro apenas foi regularizado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 29/2000, que estabeleceu a vinculação de receitas de impostos para o setor da saúde e incluiu um segundo parágrafo ao artigo 198 da Constituição Federal de 1988, determinando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, nos seguintes termos:

> Art. 198. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços
>
> públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:
>
> I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;
>
> II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

> III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (BRASIL,1988)

Essa norma conferiu regularidade ao financiamento do SUS pois a partir dela houve uma estipulação de gastos mínimos e obrigatórios com saúde, em conformidade com o crescimento econômico experimentado pelo país, tendo em vista que a vinculação referida oscilaria de acordo com o maior ou o menor volume de impostos arrecadados pelos estados.

4. A insuficiência do Estado em garantir os direitos fundamentais e a legitimidade da atuação do poder judiciário no âmbito das políticas públicas de saúde

A partir da constituição de 1988 o direito da saúde foi expandido para a população em geral e normas foram estabelecidas na tentativa de fazer valer a letra da lei. De acordo com o princípio da força normativa da Constituição, deve ser conferida a suas normas máxima efetividade. Trata-se, portanto, de preceito intimamente ligado a própria soberania da Carta Magna, como Lei Fundamental de um Estado que confere legitimidade para o resto do ordenamento jurídico.

Tal princípio foi vislumbrado por Hesse (1991), que afirmava que toda norma Constitucional deve ser revestida de um mínimo de eficácia, sob pena de figurar "letra morta em papel". Hesse afirma que a Constituição não configura apenas o "ser" (os princípios basilares que determinam a formação do Estado), mas um dever ser, ou seja, a Constituição deve incorporar em seu bojo a realidade jurídica do Estado, estando conexa com a realidade social.

Além disso, vale lembrar o princípio dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, cuja finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem o mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano. Nesse sentido, Piovesan diz que:

> A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. (PIOVESAN,2000)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Apesar disso, o Estado usa o princípio da Reserva do Possível para argumentar sobre a sua escassa condição orçamentária a fim de se isentar de prestar assistência à saúde de forma efetiva e igualitária. Todavia, vale lembrar que o direito à saúde, assim como os integrantes do artigo 6º, fazem parte do mínimo existencial, mínimo este que o Estado é obrigado a prestar, não podendo se isentar de suas obrigações mínimas, desta forma, todas as pessoas, embora não possuam o mesmo nível de saúde tutelado, possuem o direito ao mínimo de proteção ao seu direito à saúde.

Diante desse fato, o Poder Judiciário atua para corrigir o tratamento desigual na concessão do serviço público de saúde e para concretizar o próprio direito individual à saúde, com o intuito de implementar políticas públicas nesta área, com determinação, entre outras medidas, de fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares, de imposição de vagas em unidades de tratamento intensivo (UTI) e de compra de materiais médicos, laboratoriais e cirúrgicos.

E como afirma o ministro Gilmar Mendes a interferência do Poder Judiciário na área da saúde pública conserva a sua legitimidade constitucional:

> Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas(..)(MENDES,2010)

Comprova-se que as políticas públicas aprovadas no legislativo e no executivo não estão sendo cumpridas na prática, não atendendo a população de modo geral, como ressalta o próprio ministro Gilmar Mendes:

> Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. (MENDES,2010)

Conclui-se que a atuação do poder Judiciário é legitimado e dentro dos limites constitucionais não fere a independência dos três poderes bem como é vital para garantir o exercício do direito à saúde na esfera individual. Com efeito, tal prática, se exercida a larga escala acaba por trazer malefícios que se sobrepõem aos benéficos.

5. Os impactos das judicializações

Se existe uma lei aprovada no congresso e incluída nos programas do governo, há um orçamento pré-estabelecido conforme rege os artigos art. 167, I e II, da Constituição Federal de 1988 e art. 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal, portanto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a ação do Poder Judiciário ao cobrar o seu pleno exercício é completamente válido, todavia, conforme apontaram Buísa, Bevilacgua e Moreira (2018, p.35) os provimentos jurídicos poderão gerar dois resultados. Primeiro um aumento dos gastos totais na área da saúde, o que deverá advir do remanejamento de recursos de outras áreas ou da criação de créditos adicionais, com prévia edição de lei (art. 167, V e VI da CF/88); Segundo uma a alteração do destino dos recursos alocados para o setor da saúde, retirando-se dinheiro de certos programas sociais para o atendimento de causas judiciais específicas.

No Estado do Amazonas por exemplo de acordo com a Esmam (Escola Superior da Magistratura do Amazonas), entre janeiro e agosto de 2018, a DPE-AM (Defensoria Pública Estadual do Amazonas) ingressou com 270 ações na Justiça Estadual para assegurar o acesso de usuários do Sistema Único de Saúde (SUS) a serviços ofertados pelo Estado. Na época o estado sofria com a falta de insumos hospitalares e medicamentos e para resolver essa crise o governo do Estado anunciou medidas para aquisição emergencial de medicamentos cujo o valor especulava-se chegar a 3 milhões apenas para adquirir 300 mil unidades de soro.

Quais medidas foram tomadas diante desse cenário?

Nesse sentido Buísa, Bevilacgua e Moreira (2018, p.39) afirmam:

> Sabe-se que, na prática, a maior parte dos entes públicos destina somente o mínimo estabelecido constitucionalmente para a área da saúde (art. 198, § 2º, da CF), fazendo vistas grossas em relação à problemática da judicialidade. Assim, se há determinação judicial que demande gasto público, efetuam-se cortes de recursos que seriam utilizados no atendimento de programas de saúde para o atendimento do provimento jurisdicional. Ou seja, o que se dá a um, de outro se tira. (BUÍSA, BEVILACGUA E MOREIRA, 2018, p.39)

Como mencionado anteriormente o Estado faz uso da teoria alemã da "reserva do possível". De acordo com Barcellos citado por Falsarella, Christiane (2012, p. 5) "a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas".

Conforme observado o Poder Público retira de uma pasta ou de um programa para destinar as demandas judiciais, o que acarreta em dívidas exorbitantes e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

priorização nas despesas, segundo a Secretaria de Estado de Saúde do Amazonas – SUSAM, a dívida recebida pela gestão de 2019 (Carlos Almeida) na saúde é de R$ 1,100 bilhão. São R$ 600 milhões de despesas não pagas em 2018 e R$ 500 milhões de 2017 para trás. Nesse sentido, afirmou Carlos Almeida:

> Os números mostram ainda que as necessidades da pasta da saúde para 2019 serão de R$ 3,5 bilhões, mas o orçamento previsto na Lei Orçamentária (LOA) para o ano é de R$ 2,4 bi, ou seja, há um déficit natural de R$ 1 bilhão. "Com um R$ 1,1 bilhão de dívida e mais de R$ 1 bilhão de déficit, é necessário orçamento de R$ 4,4 bi para o cumprimento das obrigações. Isso representa um déficit de R$ 2 bi frente ao orçamento de R$ 2,4 bilhões". (ALMEIDA, 2019)

O resultado desse déficit no orçamento mais o alto índice de demanda judicial, resultou no atraso de pagamento para fornecedores, atraso nos salários dos funcionários públicos e atrasos na execução de concursos públicos, e isso apenas no estado do Amazonas. Isso demostra a ineficiência do Estado para manter os direitos básicos da população e quando obrigado pelo poder judiciário a prestar serviços para os quais ele não tem preparo, retira de outras pessoas que precisam.

6.Considerações finais

Constata-se um notório descaso com a saúde por parte do Poder Público. A população sustenta o governo através dos altos impostos, financia um dos sistemas de arrecadação mais pesados do mundo e quando precisa usufruir os frutos desse financiamento, padece com longas demoras, ou mesmo falta de atendimento no SUS, recorre para a saúde privada ou enceta uma ação judicial. O Processo de judicialização da saúde é uma conquista para os direitos humanos, porém foi criado para ser uma exceção e quando a exceção se torna a regra, aquilo outrora criado para ajudar torna-se outro problema.

O poder Público alega o princípio da Reserva do Possível para argumentar sobre a sua escassa condição orçamentária a fim de se isentar de prestar assistência à saúde de forma efetiva e igualitária. Porém conforme supracitado a arrecadação é alta, isso mostra que a saúde pública está deteriorada não pela condição dos cofres públicos, e sim por decisão governamental que estipula o mínimo possível de verbas para a saúde.

Esse cenário é perfeito para o protagonismo do Poder Judiciário, todavia não soluciona. Uma alternativa possível é observar os gastos registrados no ano anterior com liminares judiciais e acrescentar o valor no orçamento da saúde para dessa

forma custear as compras de insumos hospitalares de uma forma mais saudável para os cofres públicos, remunerar em dia os funcionários da área e atender com qualidade a população em geral, ao invés de exaurir os recursos para atender apenas um indivíduo e de modo insatisfatório.

4.Referências

AMAZONAS**. Para repor estoques zerados de medicamentos, Wilson Lima anuncia medidas emergenciais.** Disponivel em: <http://www.amazonas.am.gov.br/2019/01/para-repor-estoques-zerados-de-medicamentos-wilson-lima-anuncia-medidas-emergenciais/> Acesso em: 26 de Mai.2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <https:// https://emporiododireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-da-saude-no-brasil>. Acesso em 23 de Mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Advocacia-geral da União Consultoria Jurídica/Ministério da Saúde (Org.). **Intervenção Judicial na Saúde Pública:** Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais. 2013. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>. Acesso em: 23 de mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, SS 4045, rel. Min. Presidente. Decisão Proferida pelo Min. Gilmar Mendes. j. 07.04.2010. Dje-066 divulg 14 abril 2010.

CIRICO. Priscila Freitas, RESNER. Andrea Aparecida Ribeiro e RACHED. Chennyfer Dobbins Abi. **Os impactos da judicialização na saúde suplementar**. Disponivel em: http://portal.unisepe.com.br/unifia/wp-content/uploads/sites/10001/2019/05/005_OS-IMPACTOS-DA-JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-NA-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR.pdf> Acesso em 01 de Jun. 2020.

CONASS. **Coletânea direito à saúde: dilemas do fenômeno da judicialização da saúde**/Organizadoras Alethele de Oliveira Santos, Luciana Toledo Lopes. 2018

GOMES. Victor. Economia de Serviço. **Brasil possui o sistema de saúde mais ineficiente do mundo.** Disponivel em:

<https://economiadeservicos.com/2016/02/25/brasil-possui-o-sistema-de-saude-mais ineficiente-do-mundo/.> Acesso em 23 de Mai. 2020

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Ed, 1°, Porto Alegre, Editora Frabris, 1991;

INSPER. **Judicialização da saúde dispara e já custa R$ 1,3 bi à União.** Disponivel em: https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/ > Acesso em: 01 de Jun. 2020.

PEREIRA, Tânia. Entrevista concedida a Albert Soares. Manaus, 28 mai. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Ed. 4. São Paulo: Max Limonad, 2000;

SARLET, Ingo W. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico.** n. 70 10, 2002. Disponível em:<https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/rere-11-setembro-2007-ingo_sarlet_1.pdf> Acesso em: 26 de Mai. 2020, p. 29

SUSAM. **Governador destaca esforço para reduzir judicialização da saúde.** Disponivel em: <.http://www.saude.am.gov.br/visualizar-noticia.php?id=3493> Acesso em: 26 de Mai.2020.

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO AO ESQUECIMENTO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA ERA DA INFORMAÇÃO

ALYSSON SIMÕES SOUZA: Bacharel em Sistemas de Informação. Especialista em Desenvolvimento Web. Acadêmico de Direito

JANE SILVA DA SILVEIRA[1]

(coautora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar os conflitos entre os direitos da personalidade e da liberdade de expressão no que tange a aplicação do chamado direito ao esquecimento, como estes afetam na aplicação do mesmo, os fatores relevantes na era da informação, no intuito de saber se existem leis atualmente que reconhecem e tutelam este direito, sendo essencial na sociedade atual o debate acerca do mesmo, pois este busca resguardar direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a imagem e a honra. Foi abordado o direito ao esquecimento, que pode ser entendido como a ideia de alguém não ser lembrado contra a sua vontade, especialmente no que se refere a fatos desabonadores ocorridos no pretérito, podendo ter essa informação excluída/apagada uma vez que não se lembrar destes, permite ao indivíduo não estar submetido a uma ideia de pena *ad eternum*. A tecnologia suporta as mídias digitais (fotos, áudios, vídeos e notícias) divulgadas por meio da internet ficando disponíveis a qualquer pessoa, por tempo indeterminado. Assim pode-se entender que isso pode causar uma violação de direitos da personalidade. Foram abordados aspectos relevantes na aplicação do direito ao esquecimento na internet, para proteger os direitos da personalidade e autonomia sobre os dados privados por meio das fontes do direito. A pesquisa se desenvolveu através do método bibliográfico e estudo de principais casos dos tribunais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao esquecimento; Liberdade de expressão; Direito a informação.

ABSTRACT: This article aims to present the conflicts between the rights of personality and freedom of expression with regard to the application of the so-called right to forget, how they affect the application of it, the relevant factors in the information age, in order to know if there are laws currently recognizing and protecting this right, and the debate about it is essential in today's society, as it seeks to safeguard fundamental rights such as the dignity of the human person, privacy, image and

honor. The right to be forgotten was addressed, which can be understood as the idea of someone not being remembered against their will, especially with regard to disappointing facts that occurred in the past, and that information may be deleted / erased once they do not remember these , allows the individual not to be subjected to an idea of penalty ad eternum. The technology supports digital media (photos, audios, videos and news) disseminated through the internet and is available to anyone, indefinitely. So it can be understood that this can cause a violation of personality rights. Relevant aspects were addressed in the application of the right to forgetting on the internet, to protect the rights of personality and autonomy over private data through the sources of the law. The research was developed through the bibliographic method and study of the main cases of the courts.

KEYWORDS: Right to be forgotten; Freedom of expression; Right to information.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceituação e contextualização do direito ao esquecimento. 2. As consequências da memória no contexto da tecnologia e do superinformacionismo. 3. Direito ao esquecimento, liberdade de expressão e direito a informação: perspectiva sobre o conflito de direitos fundamentais. 4. Análise de casos relevantes nos Tribunais. 5. As principais leis brasileiras sobre a proteção de dados e internet e sua relação com o direito ao esquecimento. 6. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A sociedade está em permanente mudança, o dinamismo das relações entre os indivíduos vem sendo modificado pelo avanço das tecnologias da informação e comunicação, pelas grandes redes de dados que trafegam em enorme velocidade, bem como a sua disponibilização e democratização de conhecimento.

Diante desse contexto, surgiu um conceito relativamente novo, chamado “direito ao esquecimento”. A tutela deste direito está ganhando destaque com os avanços tecnológicos, em um mundo com grandes centros de dados espalhados criando a nuvem da internet, tais informações (textos, fotos, vídeos, áudios) são replicadas e armazenadas por lapsos temporais indefinidos, o que gera alta disponibilidade desse conteúdo, podendo ser acessado a qualquer tempo, por qualquer pessoa e em qualquer parte do mundo.

Nesse cenário, esse direito tem a intenção de evitar que acontecimentos pretéritos perturbem injustamente o momento atual, na tentativa de evitar prejuízos à no que diz respeito a intimidade e privacidade do cidadão. Assim, deseja-se impedir que fatos sem relevância, nem valor histórico, possam atrapalhar a vida social do indivíduo.

Em plena era da informação, a aplicação desse direito na sociedade conectada não parece ser trivial podendo entrar em controvérsia com outros direitos fundamentais. Temos a colisão de direitos entre a liberdade de expressão e de informação e o direito à vida privada, honra e intimidade da pessoa e de sua família.

O impacto com as informações publicadas que chegam quase imediatamente (sejam positivas ou negativas para o desenvolvimento humano) fazem que, por vezes, as pessoas tenham a sua dignidade afetada, pois a eternização da informação, em determinados casos, é capaz de gerar danos graves para as pessoas.

Busca-se, neste texto, alcançar a sociedade em geral com uma abordagem baseada em julgados a respeito do tema, para descrever como o direito ao esquecimento enfrenta o direito à liberdade expressão, explicitar a importância desse enfrentamento na era da informação com destaque para a internet. Para tanto é preciso apontar os conflitos existentes entre o direito ao esquecimento e demais direitos, as dificuldades de aplicação em meio as tecnologias da informação, abordando alguns *leading cases*, em especial no Brasil, procurando apresentar as leis que fundamentam o direito ao esquecimento no ordenamento pátrio.

1. CONCEITUAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Por enquanto o direito ao esquecimento é uma ideia que ainda está sendo construída, o que pode gerar muita confusão e controvérsias a seu respeito. Com a difusão da internet, tem-se buscado cada vez mais se definir este direito por meio de pesquisas acadêmicas e publicações a esse respeito.

Para melhor compreensão do que se trata, seu surgimento e o que realmente significa o direito ao esquecimento faz-se necessário um resgate de onde esse termo foi utilizado pela primeira vez e o porquê de sua utilização.

> Apesar do direito ao esquecimento estar diretamente ligado à teoria geral do direito civil (afinal, diz respeito em primeiro lugar aos direitos da personalidade, especialmente imagem e privacidade), outros ramos do direito também podem ser invocados na análise do tema, sobretudo para compreendermos sua origem histórica. (BRANCO, 2017, p.146)

Considerando essa afirmação, observa-se que atém do direito civil, podemos perceber o substrato direito ao esquecimento na esfera penal, no Código Penal Brasileiro[2] quando disciplina que após decorrido certo tempo definido em lei, no instituto da reincidência, busca-se dirimir os efeitos de condenação passada, na vida futura do condenado. Também percebe-se no direito ao consumidor, quando o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Código de Defesa do Consumidor[3] trata da proteção da privacidade e da prescrição à cobrança de débitos.

Segundo Frajhof (2019, p. 11) o advento da internet fez com surgissem uma série de problemas que fizeram o tema ganhar repercussão mundial a partir de 2014, quando foi julgado o recurso interposto pelo Google Spain SL e Google Inc. pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, contra a decisão que determina a desindexação de links relativos a um fato de 1998, ocorrido com o cidadão Mario Costeja Gonzalez. O advogado espanhol figurou em um jornal por supostamente estar devendo ao governo, o que levaria seu apartamento a leilão.

A notícia surgia sempre que alguém consultava o seu nome no buscador do Google, mesmo que a dívida já tivesse sido adimplida. Com a decisão ele finalmente conseguiu que a ferramenta de buscas da empresa parasse de mostrar tal fato constrangedor dentro da Europa, sendo reconhecido o direito ao esquecimento ao autor da ação.

No Brasil, essa decisão foi recebida como uma confirmação de validade, pois, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) havia julgado um ano antes dois recursos especiais, o Recurso Especial Nº 1.334.097/RJ caso da "Chacina da Candelária"[4] e o Recurso Especial 1.335.153/RJ caso "Aída Cury"[5], ambos de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, reconhecendo o direito ao esquecimento no Brasil como sendo o direito de não ser lembrado contra a sua vontade no que se refere a fatos desabonadores, de natureza criminal. Estes casos serão melhor detalhados mais adiante. Apesar da expressão "direito ao esquecimento" não ter sido utilizada pelos autores no pedido, ambos envolvem este direito.

Diante das situações apresentadas e com os avanços da tecnologia que possibilitam a disponibilidade dessas informações, qualquer pessoa em qualquer lugar do planeta, tem conhecimento do que está acontecendo em tempo real. Faz-se necessário que o indivíduo tenha sua vida privada e pública sob proteção.

O direito ao esquecimento surge no ambiente virtual "como uma possibilidade para que o indivíduo possa ter controle sobre as informações relacionadas a ele mesmo, e que tenham sido compartilhadas na internet" (FRAJHOF, 2018, p.13). Podendo buscar a retirada de conteúdos quando não desejar mais o seu acesso irrestrito.

Tem-se como definição que: o "direito ao esquecimento" seria uma alternativa para reescrever a própria história, ou até mesmo "uma tentativa inaceitável de restaurar uma privacidade desaparecida como norma social" (FRAJHOF, 2019, p. 21).

Pode-se destacar ainda o conceito de direito ao esquecimento a seguir:

> O direito ao esquecimento é um direito subjetivo de índole negativa, ou seja, opera no campo gerador de um dever geral de abstenção, invocado quando se busca obstar ou reagir a uma violação, sem qualquer utilidade ou justificativa de interesse público, de direitos da personalidade tais como a honra, o bom nome, a privacidade, o livre desenvolvimento pessoal e a integridade psíquica por meio da permanência, ou da mais simples rememoração de dados, notícias ou informações aptas a causar relevantes constrangimentos ao indivíduo (JUNIOR, 2018, p. 93).

Assim, vê-se o reconhecimento e importância que tal direito pessoal, derivado da dignidade humana, que pode ser invocado em muitas situações novas e atuais do cotidiano da sociedade.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA MEMÓRIA NO CONTEXTO DA TECNOLOGIA E DO SUPERINFORMACIONISMO

As pessoas estão sempre buscando formas de guardar a informação para poder acessar sempre que preciso. São muitos esforços empreendidos pela humanidade nesse sentido, ajudando no processo de decisão sendo, portanto, importante para o direito tanto no pensamento individual quanto coletivo.

> A memória é assunto sabidamente complexo, por transitar por diversos ramos do conhecimento, e que interessa ao direito na medida em que se revela, para além de elemento essencial à construção de uma identidade pessoal, capaz de possibilitar a assimilação de informações e a contextualização social do indivíduo como importante elemento formador de uma consciência coletiva, por meio do conhecimento de suas raízes sociais, tradição e valores de coesão (JUNIOR, 2018, p. 101).

Nos dias atuais, a internet já está se tornando o principal meio de informação e comunicação das pessoas, "a internet e os meios tecnológicos necessários ao seu acesso atualmente são questões centrais na vida social, econômica e política dos seres humanos sendo indispensáveis para o exercício dos direitos e liberdade na sociedade pós-moderna" (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 151).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Algumas características do nosso estilo de vida de hoje destacam aspectos que no passado não foram destacados ou percebidos. Com a chegada da modernidade passamos a percebê-las de forma mais clara e precisa.

Júnior e Neto (2012) colocam que a sociedade se encontra numa realidade de *superinformacionismo*, que gera uma grande quantidade de informações acerca de tudo e todos, no intuito de refletir até que ponto a personalidade de um indivíduo pode ser divulgada, invadida, ou destruída e por quanto tempo isto pode durar, sobre isso destaca-se que:

> O *superinformacionismo* é esse contexto em que nos encontramos. Uma busca na internet diz mais que somos do que nós mesmos imaginamos. E não são apenas os dados que se coletam com facilidade, mas até mesmo os dados de acesso que nos expõem (JÚNIOR e NETO, 2012).

Na atualidade, o que uma pessoa fala vai para muito além de onde mora, podendo ser ouvida por amigos e terceiros mundo afora. Diante dessa nova realidade advinda da revolução tecnológica o tempo que as informações estão disponíveis passou a ser muito maior, tende a ser perene nos meios digitais, pois, os humanos esquecem, as máquinas não.

De acordo com Otero (2009, p.640) o progresso tecnológico possibilitou a conservação indefinida de imagens, textos e referências, de tal modo que todos os acontecimentos, de qualquer natureza, uma vez divulgados passaram a adquirir um "estatuto de perenidade", fazendo desaparecer o caráter efêmero e fugaz da vida (apud JUNIOR, 2018, p.102).

Por causa desses avanços tecnológicos e, relevância desses aspectos da vida, tem-se novas questões acerca de como os juristas vêm tratando as informações digitais desde o desenvolvimento da internet. Com base nessas questões destaca-se:

> As relações virtuais apresentam características singulares e devem ser consideradas pelos operadores do direito. Somente assim terão condições de responder satisfatoriamente aos novos dilemas. Nesse sentido, é imprescindível observar o contexto em que o direito ao esquecimento se insere no universo virtual (LIMA E SILVA, 2016, p.332).

As transformações sociais exigem adaptações nos institutos do direito, como é o caso do direito ao esquecimento, sob penda de deixar ineficaz a norma caso seja apenas aplicado simplesmente a lógica convencional.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO A INFORMAÇÃO: PERSPECTIVA SOBRE O CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito ao esquecimento, embora constitua aspecto importante dos direitos da personalidade, da intimidade e vida privada e, num plano amplo, da própria dignidade da pessoa humana, se choca, em alguns momentos, com o direito à liberdade de expressão e, já impõe uma limitação imanente à livre circulação de dados no meio público.

O direito à liberdade de expressão é base em qualquer estado democrático de direito. No Brasil, não diferente, a liberdade de expressão está gravada no rol de direitos fundamentais, no art. 5º, IX bem como no 220 caput e § 2º:

> *"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:*
>
> *(...)*
>
> *IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;*
>
> *(...)*
>
> *IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"*
>
> *Art. 220º A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*
>
> *§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística* (BRASIL, 1988).

Encontra-se nesses artigos não apenas o direito à liberdade de expressão, mas também o direito de informação, que são direitos distintos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição é explícita na proteção ao direito de expressar-se, informar-se e ser informado. Segundo Júnior e Neto, (2012, p. 422 e 423) "o importante é se perceber que há um limite à expressão e à informação. Esse mesmo limite que existe, também se aplica ao critério temporal de uma informação", pode-se concluir que tal liberdade não é pode ser absoluta, precisando que seja verificada a situação nos casos concretos. Reforçando esta ideia destaca-se que:

> É evidente que o direito à privacidade constitui um limite natural ao direito a informação. No entanto não há lesão a direito se houver consentimento, mesmo que implícito, na hipótese em que a pessoa demonstra de algum modo interesse em divulgar aspectos da própria vida. Assim como há limites naturais ao direito à privacidade quando atinge interesses coletivos. Neste caso, a predominância do interesse coletivo sobre o particular requer verificação caso a caso (PINHEIRO, 2016, p. 95).

Conforme já consolidado na tradição jurídica brasileira, é sabido que não existem direitos absolutos, incluindo aí a liberdade de expressão. Aliás, a colisão entre ela e demais direitos é bem comum, devendo, nestes casos, se avaliar caso as supressões necessárias.

No que tange ao direito ao esquecimento, observa-se ser um verdadeiro limitador e relativizador do postulado da liberdade de expressão, já que carrega, junto de si, uma alta carga normativa e valorativa, como o direito à imagem, à honra, à vida privada, à dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade que, conjuntamente, impõem à liberdade de expressão uma nova perspectiva.

Tanto é verdade que uma das bases incipientes do direito ao esquecimento, no Brasil, veio da doutrina, conforme consignado pelo Conselho da Justiça Federal (CFJ), durante a VI Jornada de Direito Civil, na justificativa do Enunciado nº 531, "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento", dessa forma a sua justificativa certifica que:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados CJF, 2013, p. 89).

Por vezes, será possível encontrar esse conflito principiológico: liberdade de expressão versus direito ao esquecimento. Se por um lado o Estado garante a todos a liberdade de se manifestar, exarar pensamentos e a liberdade de imprensa, como consectários do próprio regime democrático, por outro, tem-se que se preservar a dignidade da pessoa humana, a sua honra e sua imagem.

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF) já tem em suas mãos conflitos como os descritos acima, conforme lembra Lenza (2019):

> *"ARE 833.248 — "Direito ao Esquecimento": o STF vai analisar o denominado "direito ao esquecimento" na esfera civil, discutindo a possibilidade de serem reavivados fatos criminosos do passado e que já teriam sido esquecidos pela sociedade. No caso concreto, em 2004, o programa "Linha Direta Justiça", da TV Globo, veiculou informações sobre homicídio praticado em 1958 e que, à época, teve grande repercussão social. Discute-se a colisão entre os princípios constitucionais da liberdade de expressão e do direito à informação com aqueles que protegem a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da honra e da intimidade. Em outra frente, o STF apreciará o RE 1.010.606, com repercussão geral reconhecida, tendo que se pronunciar sobre a seguinte controvérsia: o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra e direito à privacidade x liberdade de expressão e de imprensa e direito à informação (audiência pública realizada em 12.06.2017 — julgamento pendente)".*

Embora pendente de manifestação sinal do STF, nada impede o debate acerca do conflito, até mesmo porque o STJ vem se pronunciado pela aceitação do direito ao esquecimento sobre a liberdade de expressão.

Existem diferentes combinações de conflitos entre princípios do direito, porém tem algo em comum: "todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos" (ALEXY, 1999, p.73).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tem-se dessa forma que "quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações" (ALEXY, 1999, p.75).

Havendo conflito, e sendo este levado ao Estado-Juiz, deve-se utilizar a ponderação, a fim de avaliar qual dos postulados teria o maior peso concretamente, visando, com isso, aplicar justiça efetiva aos *cases.*

Desta maneira – e a exemplo de como vem sendo aplicado o direito ao esquecimento no Brasil – o Poder Judiciário, em prestígio à maior valoração normativa do direito ao esquecimento, permitiria que a liberdade de expressão cedesse espaço a esse novo direito.

4. ANÁLISE DE CASOS RELEVANTES NOS TRIBUNAIS

Como já mencionado, o caso que despertou grande atenção a respeito do direito ao esquecimento fora do país, foi da vitória judicial de Mario Costeja González sobre o Google e, para a comunidade internacional o direito ao esquecimento vale para fatos que já se diluíram no passar do tempo (uma suspeita a respeito de alguém que não se confirmou, por exemplo).

Pode-se ainda citar como referência o caso do assassinado dos soldados de *Lebach*, ocorrido na Alemanha, conforme Junior (2018, p. 76) foi um importante marco para a evolução e reconhecimento do direito ao esquecimento. O fato ocorrido em 1969 onde quatro soldados do exército alemão foram mortos por assaltantes para roubar armas e munições a serem usadas na prática de outros delitos, os principais autores foram condenados à prisão perpétua e um terceiro envolvido no crime, fora considerado cumplice recebendo uma condenação de seis anos de reclusão, passados quatro anos de cumprimento da pena, quando este estava prestes a receber sua liberdade condicional, o canal de televisão alemão ZDF, anunciou a exibição de um documentário que iria apresentar a reconstituição dos fatos, encenado por atores, mostrando nomes e imagens dos autores.

As véspera da soltura, o terceiro acusado postulou medida liminar no intuito de impedir a exibição sob a alegação que a ampla republicação dos fatos violaria seus direitos da personalidade afetando seu processo de ressocialização. Tal medida foi indeferida pelo Tribunal de *Mainz* e a decisão mantida pela Corte Superior de *Koblenz*, entendendo tratar-se de interesse público, o conflito deveria ser resolvido em favor da exibição do documentário.

O caso foi parar no Tribunal Constitucional Federal, onde o reclamante alegou ofensa ao direito de livre desenvolvimento da personalidade, revertendo as decisões

anteriores, a nova decisão proibiu a emissora de fazer a divulgação da imagem e nome do mesmo.

No Brasil tem-se como referência o caso da Chacina da Candelária (Recurso Especial N. 1.334.097/RJ), fato ocorrido na cidade do Rio de Janeiro, em 23 de julho de 1993 e de grande destaque na impressa do país. Fato este que está marcado na memória dos brasileiros, pois, tal crueldade trouxe comoção nacional.

O fato ocorreu por volta da meia-noite dois veículos sendo um táxi e um particular com placas encobertas para não serem identificadas, pararam em frente à Igreja da Candelária, onde indivíduos armados desceram dos veículos atirando nas pessoas que ali estavam, entre eles, adolescentes que dormiam próximos à igreja.

O caso tratou de uma ação movida por Jurandir Gomes de França, contra a TV Globo. A emissora convidou o autor para uma entrevista, a ser exibida programa "Linha Direta – Justiça" em 2006, e que participasse da reconstituição do episódio ocorrido em 1993. O autor negou a participação no programa ainda assim, o mesmo foi transmitido, sendo feito menção ao seu nome, com a indicação de que ele havia sido absolvido.

A autor já havia sido submetido ao Júri, sendo absolvido, fora negado que o mesmo fosse o autor de tal crime. Ele viu a sua vida ter uma reviravolta diante de tanta exposição, trazendo prejuízos sociais e profissionais, ao reacender um fato por ele superado, e que agora retornava ao seu convívio social, na comunidade onde morava, trazendo novamente o ódio das pessoas, a alcunha de chacinador, afrontando sua paz e seu direito à privacidade e anonimato.

Diante da situação, "a causa de pedir foi o uso não consentido de sua imagem no programa de televisão, requerendo-se, ao final, o pagamento de indenização a título de danos morais" (FRAJHOF, 2018, p.112), o que foi reconhecido em grau de apelação, pois a emissora poderia ter omitido o nome do autor usando um pseudônimo, pois, determinadas histórias podem ser apresentadas, sem que os personagens envolvidos sejam citados.

Dessa forma, "a questão deveria ser resolvida pela ponderação entre os direitos da personalidade e os direito à liberdade de expressão e à informação, que seria feita dentro do atual contexto das transformações sociais, culturais e tecnológicas" (FRAJHOF, 2019, p. 119).

O passar do tempo há de ser considerado um fator importante nesta ponderação de conflitos de direitos fundamentais, como pode-se destacar:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar de tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei sepultar (STJ apud, FRAJHOF, 2019, p.120).

Assim, o STJ reconheceu e aplicou o "direito ao esquecimento" ao caso concreto, tendo o compreendido como o direito do indivíduo de "não ser lembrado contra sua vontade", concluindo-se que uma informação criminal possui uma "vida útil", tornando-se ilícita com o decurso do tempo.

Outro caso de grande repercussão, foi o caso da apresentadora Xuxa Meneguel contra a empresa Google Brasil Ltda, caso este julgado pelo STJ em junho de 2012 (Recurso Especial N. 1.316.921/RJ)[6]. A ação movida pela apresentadora contra a empresa Google, requeria que o provedor de pesquisa removesse do seu resultado de busca qualquer site e/ou imagem que retornasse de uma busca feita pela expressão "xuxa pedófila" ou qualquer referência ao seu nome associado a prática criminosa.

Frajhof (2019, p.126) assevera que "embora em nenhum momento o termo "direito ao esquecimento" tenha sido utilizado pelas partes, ou pelo próprio Tribunal, o caso se trata de um tradicional caso de esquecimento na internet", da mesma forma como o "caso Gonzalez" julgado pelo TJUE.

Há de se destacar o caso de Aída Curi (Recurso Especial N. 1.335.153/RJ), onde mais uma vez figura a TV Globo e o programa "Linha Direta – Justiça" em 2008, sobre o fato ocorrido em 1958:

> Não se sabe exatamente as circunstâncias em que o crime ocorreu; existem apenas suposições, baseadas nos indícios deixados na cena do crime. O episódio chocou o Brasil inteiro, que se comoveu com a trágica e humilde história de Aída Curi, jovem simples e extremamente devota. Sabe-se apenas que foi atacada por um grupo de arruaceiros e acabou arremessada do terraço de um prédio (LIMA e SILVA, 2016, p. 329).

Os irmãos da vítima, sustentam que o passar do tempo já cuidou deixou o crime esquecido e que a TV Globo procurou reabrir velhas feridas, veiculando novamente a fatídica vida e morte de Aída Curi, inclusive com exploração de sua imagem, mediante a transmissão do programa. Depois de decorridos muitos anos,

compreende-se que o fato exibido no programa pela emissora foi ilícito, assim como no caso de Jurandir.

A emissora havia sido notificada com antecedência pelos autores para não fazê-lo, ele também alegaram, que houve enriquecimento ilícito por parte da requerida, explorando a tragédia sofrida no passado pela família, recebendo lucros com audiência e publicidade. Por isso, entenderam ser devido indenização por danos morais em razão de a reportagem ter feito os autores reviverem as dores do passado, além de causar danos materiais e à imagem, baseados na exploração comercial com objetivo econômico deste triste crime.

Neste caso os autores perderam na primeira e segunda instância, no STJ a decisão se deu sob os argumentos de "ser inviável recontar a história sem fazer alusão à vítima. Concluiu que, desde que fosse identificada sem nenhum viés sensacionalista, nenhuma indenização seria devida" (LIMA E SILVA, 2016, p. 329)

O acórdão do STJ confirmou a derrota, entendendo que o caso deveria ser tratado como uma das "exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos" (STJ apud FRAJHOF, 2019, p.123). Contudo, o ministro relator Luís Felipe Salomão, aludiu que o caso era de direito ao esquecimento, pois contrapõe liberdade de imprensa ao direito à privacidade e à vida íntima, abrindo dessa forma o caminho para uma discussão constitucional, na qual o Ministro Dias Toffoli decidiu que tem repercussão geral.

> "De um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e vários de seus corolários, como a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada" (Dias Toffoli, apud PEARA, 2020).

A partir desse julgamento, podem haver mudanças na forma como as informações serão tratadas na internet e além dela, nos meios de comunicação em geral, como observa-se que as principais demandas no Brasil vieram de programas de televisão.

5. AS PRINCIPAIS LEIS BRASILEIRAS SOBRE A PROTEÇÃO DE DADOS E INTERNET E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Viu-se até então que, o direito ao esquecimento pode ser observado em vários ramos do direito (civil, penal, consumidor), tem-se no ordenamento pátrio, algumas leis que estabelecem disciplina para as informações das pessoas condidas nas plataformas digitais. Um exemplo é o da recente Lei Geral de Proteção de Dados (LGDP ou lei nº 13.709/2018) que foi aprovada em 2018 e editada pela MP 869/18,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que entrou em vigor agosto de 2020. A mesma estabelece uma série de direitos para os titulares de dados veiculados na internet, ampliando a proteção dos direitos dos usuários, garantindo uma melhor forma de controle no tratamento das suas informações.

> A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGDP) já menciona em seus fundamentos signos que nos remetem à tutela dos direitos da personalidade, especificamente os direitos à privacidade, à autodeterminação informativa, à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, e ao livre desenvolvimento da personalidade que constam expressos no diploma legal (TORRES, 2018, p.48)

No artigo 2º da lei nº 13.709/2018, ela se preocupa com os direitos da personalidade que fundamentam o direito ao esquecimento, bem como outros aspectos constitucionais já abordados, tais quais:

> Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:
>
> I - o respeito à privacidade;
>
> II - a autodeterminação informativa;
>
> III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
>
> IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;
>
> V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
>
> VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
>
> VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais (BRASIL, 2018). (Grifo nosso)

Como pode-se ver nos destaques efetuados neste artigo, temos como fundamentos as garantias de proteção de dados quanto a privacidade, escolha de informações, a liberdade de expressão e de informação. Destaca-se para o tema do esquecimento, a parte que trata da inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, bem como do livre desenvolvimento da personalidade, direitos derivados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos. Tal desenvolvimento é de fundamental importância, pois esquecer memórias ruins de fatos pretéritos, garantem esse desenvolvimento, assim como a garantia de preservação da pessoa contra prejuízos, abusos e ilícitos sobre estas garantias.

Outra lei muito importante é a lei n. 12.965 de 23 de abril de 2014, que instituiu o "Marco Civil da Internet - MCI", antes da criação da LGPD, era ela que supria parcialmente a proteção de diversos direitos, como pode-se ver em seu art. 3º, incisos I a III:

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
>
> II - proteção da privacidade;
>
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei; (BRASIL, 2014). (Grifo nosso)

Também em seu art. 7º estabelece que o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania (caput), e aos usuários são assegurados direitos dentre os quais, inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso I), o de exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet (inciso X) sendo este dispositivo denominado por alguns de "direito ao esquecimento de dados pessoais" (LOURENÇO, apud BRANCO, 2017, p.145). "O fato é que esse direito à exclusão alcança somente as informações que o próprio indivíduo houver fornecido para um determinado provedor de aplicações de Internet" (ALMEIDA, 2017).

A questão do controle do conteúdo e filtragem é uma discussão complexa pelo fato das constantes atualizações feitas em sites de busca, inviabilizando uma forma de controle dos provedores destes sites. Por esse motivo o entendimento do STJ limita a responsabilidade dos provedores como pode-se ver:

> Ao julgar o Recurso Especial 1.593.873, em que o recorrente (um dos maiores sites de buscas) justifica que não há como atender o pedido do autor, que pretendia ver excluídas todas as suas informações da rede, porque segundo alega o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> provedor, não detém propriamente as informações que se quer ver esquecidas, mas apenas faz as buscas dos dados e os apresenta aos usuários. Neste caso o STJ entendeu que os provedores de pesquisa (i) não respondem pelo conteúdo do resultado das buscas realizadas por seus usuários; (ii) não podem ser obrigados a exercer um controle prévio do conteúdo dos resultados das buscas feitas por cada usuário e (iii) não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido (ALMEIDA, 2017).

Por essa razão o provedor de conexão não está obrigado a adotar providência, em relação a reclamação de quem se apresenta diante do mesmo como ofendido. Contudo, para conteúdo em geral, "a regra é a de que o provedor de conexão responde civilmente pela divulgação apenas no caso de não a cessar após ser determinado a tanto por ordem judicial" (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 513).

Os direitos de natureza pessoal, resguardados pelo MCI, "condicionam o fornecimento, a coleta, o uso, o armazenamento e o tratamento de dados pessoais, inclusive registro de conexões e de acesso a aplicações, a certas condições visando, em última análise, a privacidade (LUCCA, FILHO e LIMA, 2015, p. 513).

Mesmo com a proteção exigida pelo MCI, como vimos necessitamos de ordem judicial, se alguém expor aspectos delicados da vida provada de uma pessoa, esta não terá alternativa a não ser recorrer ao Judiciário. Outro problema é a dificuldade de remover os dados de forma efetiva.

> A questão do direito ao esquecimento no âmbito digital é tormentosa, já que as informações são disseminadas de forma instantânea e não ficam concentradas em um único site, tornando tarefa quase impossível de ser cumprida a de excluir definitivamente todas as informações (ALMEIDA, 2017).

Portanto, a discussão em relação a aplicação efetiva dos direitos da personalidade e tutela do direito ao esquecimento carece de atitude dos agentes de diversas áreas, tanto tecnológicas, quando sociais, profissionais desenvolvedores de tecnologia da informação, do direito e legisladores.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, o tema do direito ao esquecimento se revela como algo não trivial, pois aborda os direitos da personalidade no contexto histórico, ainda mais quando falamos da evolução da sociedade e toda a tecnologia disponível na atualidade, seus comportamentos diante de uma era da informação, em que tudo está conectado por meio de plataformas digitais.

Percebe-se que o conhecimento tem se multiplicado de forma exponencial, graças a utilização dessas tecnologias modernas, destarte, a tecnologia não esquece, por este motivo surgiu na dinâmica social a abordagem de tal direito, que como já explanado trata-se de direito restaurador, regenerador, de esperança e fundamentado no livre desenvolvimento da personalidade e dignidade da pessoa humana.

Apesar de muitas vezes entrar em conflito com outros direitos fundamentais como a liberdade de expressão e o direito à informação, há que se ponderar os limites de cada um, principalmente quando se trata de fatos antigos, como nas demandas apresentadas capazes de causar inúmeros prejuízos de ordem econômica e social na vida dos seus titulares, quando invasivamente se explora a privacidade, intimidade sem a preservação do anonimato, carecendo também de interesse público.

Assim, a liberdade de expressão e comunicação, carrega também a responsabilidade, que decorre de seus limites claro e devidamente ponderados, devendo também ser preservada contra o uso indevido por parte de indivíduos com interesses escusos. Para tanto, os operadores do direito devem considerar o novo formato das relações com o advento da tecnologia e das redes como no caso da internet, assim, podendo enfrentar estes novos desafios maneira adequada, nos casos em que se busca o direito ao esquecimento.

A respeito das leis, podemos perceber que a nossa Constituição Cidadã, assegura em seu rol de direitos, as bases para a construção dos fundamentos que podemos utilizar na busca do esquecimento, também foram criadas leis mais recentemente, a exemplo da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Marco Civil da Internet (MCI), que também auxiliam na disciplina das informações nas plataformas digitais locais e globais.

Contudo, sabe-se que o dinamismo social requer que uma forte diligência no sentido de manter as conquistas atuais e garantir o desenvolvimento da humanidade, a paz social e os direitos a uma vida digna.

Espera-se que haja um aprimoramento e aprofundamento neste tema pela doutrina nacional e internacional, com o advento de mais decisões judiciais e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

criação ou modificação de leis que proponham a admissão do direito ao esquecimento, sempre analisando e ponderando nos casos concretos, por ser um direito excepcional, que por vezes entra em conflito com outros direitos fundamentais, muitas vezes a demanda será direcionada ao Poder Judiciário, que deverá estar preparado, com um arcabouço de fontes do direito para fornecer a melhor solução para as lides.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316> Acesso em: 18 de outubro de 2020.

ALMEIDA, A. D. Direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana. **Migalhas**, 2017. Disponivel em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/260646/direito-ao-esquecimento-e-a-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 20 de outubro de 2020.

BRANCO, S. **Memória e esquecimento na Internet**. Porto Alegre: Arquipélago Editorial, 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do**. Congresso Nacional, Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Marco Civil da Internet**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm> Acesso em: 19 de outubro de 2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm> Acesso em: 19 de outubro de 2020.

CJF. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **VI Jornada de Direito Civil, Enunciado nº 531**, 2013. Disponivel em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/vijornadadireitocivil20>. Acesso em: 18 de outubro de 2020.

FRAJHOF, Izabella Z. **O Direito ao Esquecimento na Internet**. São Paulo: Almedina, 2019.

FRAJHOF, Izabella Z. **O "Direito ao Esquecimento" na internet: conceito, aplicação e controvérsias**. Dissertação de Mestrado - PUC-Rio - Pós-Graduação em Direito, 2018. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/36944/36944.PDF>. Acesso em 16 de outubro de 2020.

JÚNIOR, A. R.; NETO, A. R. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação**. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro – RIDB Nº 1**, P. 419-434, 2012. Disponivel em: <http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0419_0434.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2020.

JUNIOR, L. M. H. B. **Direito ao Esquecimento**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, E. L. D.; SILVA, A. R. F. D. Direito ao esquecimento na internet: consequências da memória virtual. **Revista Publicum**, Rio de Janeiro, p. 324-346, 2016. Disponivel em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/25983/23653>. Acesso em: 17 de abril de 2020.

LUCCA, N. D.; FILHO, A. S.; LIMA, C. R. P. D. **Direito e Internet III - Tomo I:** Marco Civil da Internet Lei Nº 12.965/2014. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

PEARA, G. Direito ao esquecimento na internet 'chega ao Brasil'. **Jusbrasil**, 2020. Disponivel em: <https://guilhermepeara.jusbrasil.com.br/artigos/944285288/direito-ao-esquecimento-na-internet-chega-ao-brasil?utm_campaign=newsletter-daily_20201013_10656&utm_medium=email&utm_source=newsletter>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.

PINHEIRO, P. P. **Direito Digital**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TORRES, Érico Leandro Buzzi. **O Direito ao Esquecimento e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais**. Monografia - Universidade Federal de Santa Catarina - Bacharelado em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/197775/TCC%20-%20%c3%89rico%20Leandro%20Buzzi%20Torres%20-%20Final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>Acesso em: 24 de outubro de 2020.

NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Universidade Estadual do Amazonas, Advogada, Especialista em Direito Processual Civil, Bacharel em Direito, Bacharel em Estatística.

[2] Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

[3] Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

[4] STJ, Recurso Especial N. 1.334.097/RJ. 4ª Turma, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 25.05.2013.

[5] STJ, Recurso Especial N. 1.335.153/RJ. 4ª Turma, sob a relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 25.03.2013.

[6] STJ, Recurso Especial N. 1.316.921/RJ. 3ª Turma, sob a relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 26.06.2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: ESTUDO COMPARATIVO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO N. 181/2017 DO CNMP E NA LEI ANTICRIME (LEI N. 13.964/2019)

CAMILLA OLIVEIRA SANTOS SOUSA:
Discente do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica).

VALDIRENE CÁSSIA DA SILVA[1]
WELLINGTON GOMES MIRANDA[2]
(orientadores)

RESUMO: Em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público expediu a Resolução n. 181, estabelecendo a possibilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Penal entre o Ministério Público e autores de crimes de médio potencial ofensivo, como modo alternativo à instauração de ações penais, mediante confissão detalhada da prática do delito e condições ajustadas pelo órgão ministerial. Por sua vez, no ano de 2019 foi sancionada a Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime ou Lei Anticrime, alterando a legislação penal e processual penal. Dentre as modificações trazidas foi incluído o art. 28-A no Código de Processo Penal, regulamentando o referido acordo na norma processual, com similaridade ao disposto na Resolução n. 181/2017, porém com alteração em vários dispositivos. Nesse contexto, o presente artigo compara o acordo de não persecução penal previsto na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público com as disposições do mesmo acordo contidas na Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019) e identifica as inovações que a nova legislação trouxe a esse instituto despenalizador. O trabalho é do tipo bibliográfico e documental, o método adotado foi o comparativo e a análise dos dados levantados se deu através da abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Penal Negociada. Acordo de Não Persecução Penal. Lei Anticrime. Resolução 181/2017.

ABSTRACT: In 2017, the National Council of Prosecution Services issued Resolution n. 181, establishing the possibility of entering into a Non-Criminal Persecution Agreement between the Public Prosecutor and perpetrators of crimes of medium offensive potential, as an alternative to the initiation of criminal actions, through detailed confession of the offense and conditions adjusted by the prosecutor. In turn, in the year 2019, Law n. 13.964/2019 popularly known as Anticrime Package or Anticrime Law, changing the penal legislation and penal procedure. Among the changes brought, art. 28-A in the Criminal Procedure Code, regulating the said agreement in the procedural rule, similarly to the provisions of Resolution n.

181/2017, but with changes in several devices. In this context, this article compares the Non-Criminal Prosecution Agreement provided for in Resolution n. 181/2017 National Council of Prosecution Services with the provisions of the same agreement contained in the Anticrime Law (Law n. 13.964 / 2019) and identifies the innovations that the new legislation brought to this decriminalizing institute. The article is bibliographic and documentary, the method used was comparative and the analysis of the data collected was done through the qualitative approach.

KEYWORDS: Negotiated Criminal Justice. Plea Bargain. Anti-crime Law. Resolution 181/2017.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal. 3. Justiça Penal Negociada. 4. Acordo de Não Persecução Penal na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. 4.1 Requisitos e Condições. 4.2 Hipóteses de Não Cabimento. 4.3 Formalização do Acordo de Não Persecução Penal. 4.4 Controle Judicial. 4.5 Descumprimento. 4.6 A (In)constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. 5 Acordo de Não Persecução Penal na Lei Anticrime. 5.1 Requisitos e Condições. 5.2 Hipóteses de Não Cabimento. 5.3 Formalização e Controle Judicial. 5.4 Descumprimento. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A solução consensual de conflitos é uma tendência na justiça brasileira, na seara criminal, em específico, o legislador se preocupou em garantir a possibilidade de acordos ao estabelecer o instituto da transação penal na promulgação da Constituição Federal de 1988.

No decorrer dos anos seguintes foram editadas leis implementando mecanismos de consenso na justiça penal para determinadas infrações. Essa inovação no ordenamento jurídico teve seu grande marco com a entrada em vigor da Lei 9.099/95 que criou os juizados especiais criminais para processar e julgar os crimes de menor potencial ofensivo.

Atenta a exigência social por celeridade e eficiência na resolução de conflitos criminais somado a quantidade desumana de processos que tramitam na justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução n. 181/2017, regulamentou o procedimento investigatório criminal e na mesma oportunidade criou o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

Contudo, esse aprimoramento da Justiça Criminal gerou muita polêmica e discussões entre os juristas e operadores do direito, dividindo opiniões sobre a sua

constitucionalidade. Diante desse cenário conturbado, o Conselho sanou lacunas presentes na Resolução n. 181/2017 por meio da Resolução n. 183/2018, porém isso não foi suficiente para apaziguar as discussões no meio jurídico.

Com o advento do Pacote Anticrime, em 24 de dezembro de 2019, o acordo de não persecução penal, que até então tinha previsão apenas na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, foi inserido no Código de Processo Penal (CPP). Essa novidade provocou diversas discussões no meio jurídico, tendo em vista que altera significativamente a maneira de punir autores de crimes de média gravidade.

Esse instituto despenalizador inovou a justiça penal ao ampliar o espaço de consenso para solucionar determinados conflitos criminais, priorizando os recursos humanos e financeiros na persecução e julgamento de crimes mais graves e ao mesmo tempo reduzindo a demanda processual do Poder Judiciário sem submeter o autor da infração ao encarceramento.

O trabalho buscou identificar as inovações que a Lei Anticrime trouxe ao acordo de não persecução penal previsto na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Para tanto, comparou-se os dispositivos do acordo nas referidas legislações a fim de extrair as diferenças/inovações normativas.

2 A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

A ação penal pública é regida por vários princípios, dentre eles merece destaque o princípio da obrigatoriedade, também denominada de legalidade, segundo o qual havendo indícios de autoria e provas da materialidade do delito o Ministério Público deve oferecer a denúncia, não existindo outra opção senão a propositura da ação penal.

Para a esmagadora parcela da doutrina, o mandamento constitucional estampado no art. 129, inciso I, cumulado com o art. 24 do Código de Processo Penal são as bases implícitas desse postulado ao disporem que uma das funções do Ministério Público é promover privativamente a ação penal pública, bem como os crimes sujeitos à ação pública serão promovidos por denúncia do referido órgão.

Dito isso, Capez (2019) leciona que se presentes a justa causa, os pressupostos e condições da ação penal, o acusador público não pode se recusar a propô-la. De mesmo modo, para Nicolitti (2016, p. 263) "o princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, é dizer que, presentes os indícios de autoria e materialidade do fato, o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Inclusive o próprio Código de Processo Penal reforça essa ideia ao dispor em seu art. 28 que o órgão ministerial deve fundamentar a sua manifestação sempre que promover o arquivamento do inquérito policial ou peças de informação (CAPEZ, 2019). Isso demonstra que não basta apenas o simples postulamento quando entender que essa é a única medida cabível, é fundamental expor os motivos que o levaram a essa conclusão.

No entanto, Aury Lopes Júnior explica que isso não obsta a discricionariedade que goza o *Parquet* na formação da sua *opinio delicti* para optar entre a denúncia e o arquivamento. Com efeito, o dever de agir expresso por esse princípio significa que há limites delineados de atuação, cabendo ao titular da ação penal pública denunciar, quando presentes as condições necessárias, requisitar novas diligências ou requerer o arquivamento expondo as suas razões (LOPES JR., 2019).

Destarte, o melhor entendimento é que a obrigatoriedade da ação penal não representa um dever do Ministério Público em sempre oferecer a denúncia, mas sim uma imposição para manifestar em todos os fatos levados a seu conhecimento, utilizando a sua discricionariedade na análise dos elementos informativos para formação da *opinio delicti*, seja propondo a ação penal, seja solicitando novas diligências ou promovendo o arquivamento do feito.

Nesse contexto, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a doutrina majoritária posiciona-se no sentido de que houve mitigação do referido princípio, visto que o art. 98, inciso I prevê a possibilidade de transação para as infrações penais de menor potencial ofensivo, definidas como as contravenções penais e crimes cuja lei comine pena máxima de até dois anos.

A regulamentação da transação penal está prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais), o qual relativiza a obrigatoriedade da ação penal ao adotar o princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada, atribuindo maior liberdade ao Ministério Público para deliberar sobre da ação penal (CAPEZ, 2019).

Partilhando o mesmo entendimento, Avena (2019) preleciona que é possível extrair da Lei n. 9.099/1995 e da Carta Magna que o princípio da obrigatoriedade pode ser relativizado, pois no âmbito do Juizado Especial Criminal as infrações são passíveis de negociação. Sendo permitido ao titular da ação penal pública deixar de oferecer a denúncia, mesmo quando preenchidos os requisitos necessários, e propor ao autor do fato criminoso a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multas que ao final, caso cumpra integralmente os termos estabelecidos, será declarada extinta a sua punibilidade.

Com uma perspectiva crítica quanto a discricionariedade, Rogério Lauria Tucci afirma que "o interesse punitivo do Estado não deve ficar à mercê de subjetivismo, impondo-se, pelo contrário, a efetivação do *jus puniendi* sempre que haja fato penalmente relevante a ser devidamente apurado e sobrelevado" (TUCCI apud ALENCAR, 2016, p. 35).

Sob o olhar de Alencar (2016), a discricionariedade foi adotada por leis infraconstitucionais editadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, regulando os métodos de resolução consensual de conflitos penais. Para o autor, ela deve ser interpretada como um norteador para a atuação do acusador público na ação penal, através da ponderação de valores que incidem no caso concreto.

Dessa explanação é perceptível que "em nosso sistema, estando presentes os requisitos legais para o exercício da ação penal, deverá o Ministério Público oferecer a denúncia. Mas cada vez mais esse 'deverá' está sendo mitigado" (LOPES, 2020, p. 351). Hoje não parece certo afirmar que o direito punitivo do Estado equivale propriamente dito ao dever de punir, apesar de ser titular do poder-dever de penalizar, afigura-se correto ponderar em cada caso concreto, observadas a lei e subjetividade de cada agente, se a melhor opção é fazer prevalecer o direito punitivo estatal ou a liberdade do indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, a relativização do princípio da obrigatoriedade por meio da adoção da discricionariedade regrada tem se tornando mais visível ao longo dos anos. Iniciada com o advento da Constituição Cidadã em 1988, exsurge-se a Lei n. 9.099 em 1995, posteriormente se amplia com a Lei n. 12.850 em 2013 e recentemente com a Lei n. 13.964 em 2019.

3 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Dentre os mais variados direitos e poderes sob a sociedade, o Estado possui a detenção do monopólio do poder punitivo como instrumento de controle social através do sistema penal (OLIVEIRA, 2015). Consequentemente, a sociedade busca nesse arcabouço a resolução dos conflitos oriundos da transgressão da norma penal incriminadora, pedindo ao Estado a aplicação da lei ao caso concreto a fim de satisfazer a pretensão punitiva.

Entretanto, a morosidade e burocratização do referido sistema não atende satisfatoriamente à demanda social que aumenta a cada dia devido ao processo de globalização e desenvolvimento tecnológico, dando origem ao surgimento de novos tipos penais ao passo que exige maior celeridade na resposta estatal (OLIVEIRA, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O mundo globalizado, portanto, colocou o sistema penal em um dilema complexo. Se por um lado, a sociedade demanda mais rapidez na solução dos conflitos, por outro, exige a criminalização de um número maior de condutas e a máxima interferência do direito penal no controle dos conflitos sociais (OLIVEIRA, 2015, p. 38).

A deficiência da justiça criminal associada à crescente demanda de processos judiciais, gerou a necessidade de busca por alternativas menos burocráticas e mais eficientes para aplicação do Direito Penal. Estimulando o legislador a implementar modos de consenso entre as partes como forma de apresentar uma célere prestação jurisdicional e desafogar o Poder Judiciário, concomitantemente sem submeter o infrator ao precário sistema carcerário brasileiro.

Visto que a tentativa de solucionar a morosidade com o endurecimento da pena e ao mesmo tempo criminalizando novas condutas apenas aumentou a demanda processual e, consequentemente, a população carcerária e a taxa de reincidência, não alterando a exigência social por soluções ágeis e eficazes em litígios criminais. Diante da crise instalada, deu-se início a abordagem de resolução consensual, visando aproximar as partes para juntos encontrarem a solução para o conflito e ao mesmo tempo atender as finalidades do direito penal, quais sejam, de prevenção, restauração da paz jurídica e ressocialização do autor (OLIVEIRA, 2015).

É nesse cenário que o acordo ganha espaço no direito processual penal contemporâneo, apesar de sofrer diversas críticas, vem gradativamente ganhando força devido a busca pela razoável duração do processo e economia processual (FABRETTI; SILVA, 2018). Proporcionando o direcionamento dos esforços e recursos do Judiciário para resolver os conflitos mais gravosos, ao tempo que as partes (Ministério Público e acusado) buscam resolver consensualmente o desfecho das lides penais de pequeno potencial ofensivo aos bens jurídicos tutelados pelo estatuto repressivo (SILVA, 2018).

> A preocupação com lentidão judicial generalizada tem induzido à formulação de propostas para a celeridade e simplificação do rito processual. A barganha, ou negociação, da sentença criminal conquista o entusiasmo de juristas ao antecipar a aplicação da sanção penal, abreviando o processo a partir da confissão do réu (ou, ao menos, da falta de contestação às acusações apresentadas), que abre mão de seus instrumentos de defesa (FABRETTI; SILVA, 2018, p. 282).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nessa esteira, a justiça consensual ou negocial é definida como um modelo alternativo de resolução de conflitos que visa alcançar a justiça por meio da concordância entre os envolvidos quanto a solução do litígio penal, ou seja, permite ao sujeito se abster de opor à acusação, abrindo mão de sua defesa no processo para negociar a punição que, se for cumprida satisfatoriamente, gera a extinção da punibilidade do infrator (ALVES, 2018).

Nela, as partes não possuem ampla discricionariedade na composição da lide, estando sempre vinculadas à lei, não havendo margens para imposição de vontades unilateral. Caso contrário, segundo Oliveira (2015), haveria desvirtuamento na definição de "consenso", em razão de não existir negociação entre os sujeitos, prejudicando a finalidade da justiça seja por excesso de punição ao autor do delito ou a violação de suas garantias fundamentais. Existiria, portanto, aplicação de uma penalidade que não corresponderia a culpa e as necessidades do caso concreto.

Ainda nesse contexto, Rafael Serra Oliveira ressalta seu posicionamento sobre os institutos de negociação de pena embasado nos princípios de celeridade e oportunidade já implementados na legislação brasileira, pautando sua crítica na exclusão da vítima e do acusado na resolução do conflito. Sustenta que em relação à Lei n. 9.099/95, por exemplo,

> não há consenso na pena sugerida, apenas a aceitação posterior e passiva do arguido, o que pode se dar por razões diversas da efetiva prática delitiva, como, por exemplo, para evitar o constrangimento de se submeter às degradantes cerimonias do processo comum, pelo medo da não aceitação resultar, posteriormente, na aplicação de pena mais grave (OLIVEIRA, 2015, p. 84).

Nessa esteira, a participação do acusado é bastante limitada, não havendo margens para negociar os termo da proposta, cabendo a ele apenas aceitar ou não o oferecido sob a ameaça de ser dada a continuidade aos atos com a instauração de processo criminal e eventual condenação mais gravosa, caso rejeite a solução estipulada pelo Estado.

Semelhantemente acontece com a vítima, que tampouco atua nessa negociação, ficando a cargo exclusivo do Ministério Público propor os termos do acordo. "Trata-se, pois de uma negociação cujo escopo é fazer com que uma das partes tenha sempre assegurada sua satisfação, nada tendo a perder, enquanto a outrem além de negociar sob pressão, nada terá a ganhar" (KYLE apud RIBEIRO, 2016, p. 36).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Então mesmo que seja inocente, o receio de ser condenado a uma pena privativa de liberdade pode levar o acusado a aceitar a barganha, declarando-se culpado ou não exercendo a sua ampla defesa, como forma de evitar uma condenação que resulte no encarceramento.

Importante ressaltar que o crivo judicial na negociação da pena está restrito à verificação da legalidade e homologação do acordo (FABRETTI; SILVA, 2018), por conseguinte, é transferido integralmente para os sujeitos processuais a liberalidade para decidir sobre os termos da avença sempre à margem do permitido em lei.

Sob outro viés, Ribeiro (2016) aponta que alguns institutos de consenso são mais utilizados como barreira prestando apenas para evitar que os conflitos sociais ingressem na esfera judiciária, não cumprindo efetivamente o papel de restaurar a pacificação social, sendo apenas uma fachada para "aliviar" a demanda da Justiça, ou seja, o acordo prestaria apenas para pôr fim ao processo e não ao litígio em si.

Além disso, parcela da doutrina faz duras críticas direcionadas para a possível inconstitucionalidade das soluções consensuais - especialmente o instituto da transação penal - o qual alegam a supressão de direitos fundamentais, como a violação dos princípios do devido processo legal e da presunção de inocência, visto que haveria uma aplicação de pena sem respeitar os trâmites legais para uma condenação (RIBEIRO, 2016).

Não obstante as críticas ao modelo negocial, percebe-se que a legislação brasileira desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 que expressamente dispôs em seu art. 98, inciso I a criação dos Juizados Especiais, tem passado por inovações com a ampliação do espaço de consenso, onde antes existia tratamento apenas pelo viés punitivo:

> Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo , permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Essa possibilidade foi regulamentada pela Lei n. 9.099/95 que prevê alguns institutos de resolução negociada das lides criminais. O primeiro deles é a composição civil dos danos, elencada no art. 74 o qual possibilita, num primeiro momento, o acordo civil firmado entre vítima e o autor do delito "em que busca

precipuamente, por meio da conciliação, a reparação do prejuízo causado pela infração" (ALVES, 2018, p. 196) e possui o efeito impeditivo de representação e propositura da queixa crime por parte da vítima[3].

Caso não seja obtida a composição civil, o texto legal dispõe que o Ministério Público poderá propor a transação penal[4] consubstanciada na imediata aplicação da pena restritiva de direitos ou multa se preenchidos os requisitos do art. 76, § 2º. Salienta Lopes Jr. (2020) que apesar da lei trazer a expressão "poderá", o órgão ministerial não possui discricionariedade para decidir se é cabível ou não a medida, a sua atuação está restrita em verificar se os requisitos foram preenchidos e negociar a pena, porquanto trata-se de direito subjetivo do réu.

Não realizando a composição dos danos e nem a transação penal - que são pactuadas na fase anterior ao ajuizamento da ação - e sobrevindo a hipótese de oferecimento da denúncia, também é facultado ao *Parquet* propor ao acusado a suspensão condicional do processo.[5]

Como o próprio nome sugere, é oferecido ao autor do delito a oportunidade de suspensão do curso da ação mediante o cumprimento de condições e a reparação do dano, evitando, assim, percorrer a instrução processual e ser submetido a uma possível condenação. Dessa forma, se ao final forem cumpridas tais condições, é declarada a extinção da pretensão punitiva (ARAS, 2018).

Outro instituto inerente a justiça consensual é a colaboração premiada, introduzida na legislação pela primeira vez como causa de diminuição de pena na Lei de Crimes Hediondos, passou por adaptações ao longo das décadas até que em 2013 a Lei n. 12.850/2013 que trata sobre as organizações criminosas, fez um apanhado das disposições atinentes ao acordo de colaboração premiada e o ampliou, concedendo benefícios ao colaborador que contribuir com as investigações criminais (ALENCAR, 2016).

Nesse contexto de expansão dos modelos de justiça penal negociada, em 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público, através da Resolução n. 181, criou o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Este instituto foi alterado em 2018 pela Resolução n. 183, e, em 2019, foi adicionado ao Código de Processo Penal por meio do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/2019), todavia com várias alterações.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO N. 181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público dentre outras funções, a de promover a ação penal pública, ficando a cargo do Conselho Nacional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do Ministério Público zelar pelo controle da atuação de seus membros e pela autonomia funcional e administrativa do órgão, podendo expedir regulamentações ou recomendar providências, dentro de sua competência, conforme arts. 129 e 130-A do diploma constitucional (BRASIL, 1988).

Com espeque na competência fixada pelo art. 130, §2, inciso I, da Carta Maior e no regimento interno do órgão, o acordo de não persecução penal foi instituído pelo CNMP por meio da edição da Resolução n. 181, de 07 de agosto de 2017, posteriormente alterada pela Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018, trazendo a possibilidade de celebração do acordo de não persecução para tipos penais de médio potencial ofensivo, desde que preenchidos os requisitos exigidos pela norma.

Definido por Lima (2019, p. 200) como um:

> [...] negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso - devidamente assistido por seu defensor -, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet de promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida (LIMA, 2019, p.200).

Segundo o Conselho, a criação da Resolução n. 181/2017 decorreu das conclusões obtidas pelo Procedimento de Estudos e Pesquisas n. 01/2017 e amparado na grande quantidade de ações penais que tramitam no Poder Judiciário, resultando na demora da prestação jurisdicional e desperdícios de recursos com casos menos graves (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

A finalidade da resolução era aperfeiçoar o procedimento investigatório criminal (PIC) presidido pelo órgão ministerial. Todavia, dentro desse contexto de busca por alternativas e aprimoramento de resolução de demandas criminais, foi apresentada proposta de inclusão do acordo de não persecução penal celebrado entre o Ministério Público e o acusado para aplicação de uma pena não privativa de liberdade em troca do não oferecimento da denúncia (ANDRADE; BRANDALISE, 2017).

A Corregedoria Nacional do Ministério Público assenta que, pautada nos princípios da economia processual, celeridade e efetividade, o acordo de não persecução apoia-se na exigência social por soluções processuais mais céleres nos delitos de menor potencial ofensivo, possibilitando, assim, o direcionamento dos

esforços e recursos do Estado (Ministério Público e Poder Judiciário) para o julgamento de casos mais graves (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

O objetivo do acordo de não persecução é "prever que o investigado, em decorrência de acordo celebrado com o MP, cumpra espontaneamente e de forma voluntária parte das sanções restritivas de direito que, provavelmente, lhe seria imposta por uma sentença penal" (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017, p. 31).

Assim, com previsão no art. 18 da Resolução n. 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, foi inaugurado no ordenamento pátrio o acordo de não persecução penal.

4.1 Requisitos e Condições

O art. 18 da supracitada norma estabelece os requisitos necessários para firmar o acordo de não persecução penal. Conforme o *caput* do dispositivo, o ANPP é cabível quando, cumulativamente, for cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos ao delito praticado e a infração não tiver sido cometida com violência ou grave ameaça (BARROS; ROMANIUC, 2017). Importante destacar que para a definição da pena mínima, o § 13 do referido artigo determina que as causas de aumento e diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto devem ser consideradas no cálculo (LIMA, 2019), em conformidade a Súmula n. 243 do Superior Tribunal de Justiça.

Exige-se, ainda, que o investigado confesse formal e de maneira detalhada a prática delituosa, bem como não seja caso de arquivamento do inquérito policial ou procedimento investigatório, pois o acordo deve ser realizado apenas se houver indícios de autoria e materialidade que sustentem a propositura da ação penal. Portanto, na hipótese do *Parquet* verificar que é caso de arquivamento, este prepondera em relação ao ANPP (LIMA, 2019).

Para a formalizar o negócio, o investigado também deve cumprir as condições não privativas de liberdade elencadas nos incisos I a V do art. 18 que poderão ser cumuladas ou aplicadas alternativamente (BARROS; ROMANIUC, 2017).

Consoante leciona Lima (2019), o inciso I prevê a restituição da coisa à vítima ou a reparação do dano, abarcando todas as suas espécies, seja material, moral, estético ou quaisquer outros que advenham da conduta delituosa, todavia, se o crime não causar danos ou se o autor não possuir condições para repará-lo, é impossível a estipulação dessa obrigação. Entretanto, Souza e Dower (2018) esclarecem que nesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cenário será imposta outra condição que garanta a punição adequada para satisfazer os anseios sociais por justiça.

Tecendo explicações, Lima (2019) discorre que o inciso II, ao estipular a renúncia voluntária de bens e direitos indicados como instrumento, produto ou proveito do crime é coerente com o sistema negocial criminal, haja vista que não faria sentido firmar um acordo para não propositura de ação penal permitindo que o infrator continue na posse das ferramentas utilizadas ou bens obtidos por meio da prática delituosa, assemelhando-se aos efeitos elencados no art. 91, inciso II, do Código Penal.

Outrossim, também está previsto no inciso III a prestação de serviços comunitários ou a entidades por período igual à pena mínima cominada, podendo, inclusive, ser diminuída de um a dois terços. No que diz respeito a prestação pecuniária elencada no inciso IV, esta se dará nos moldes do art. 45 do estatuto repressivo, favorecendo entidade pública ou interesse social, preferencialmente aquelas que possuam atuação igual ou semelhante na proteção do bem lesado pelo investigado (SOUZA; DOWER, 2017).

Cabe ressaltar que a Resolução ainda dispõe que a escolha de todos os beneficiados pela prestação de serviços e pagamento de pecúnia fica a cargo do Ministério Público.

Ao final, estipulou-se uma hipótese genérica no inciso V, facultando ao *Parquet* fixar quaisquer outras condições que reputar necessárias, desde que compatível e proporcional ao delitivo aparentemente praticado (FREIRE JR., 2018).

4.2 Hipóteses de Não Cabimento

O § 1º da Resolução n. 181/2017 do CNMP elenca as situações nas quais não serão cabíveis o acordo de não persecução penal. Nessa esteira, transparece que sua natureza é subsidiária em relação ao instituto da transação penal, pois logo no inciso I está determinado a impossibilidade de aplicação do ANPP quando a infração cometida for passível de transação penal (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Outra hipótese de vedação fixada no inciso II do § 1º do dispositivo em análise, será nos casos de danos superiores a 20 (vinte) salários-mínimos ou a quando o órgão revisional do Ministério Público estipular outro parâmetro econômico, observando a legislação local. Assim, explica Freire Jr. (2018), há uma flexibilização do teto em que se aplica o acordo.

Por sua vez, no inciso III determina a impossibilidade de realizar a avença quando o autor do delito incorrer nas hipóteses elencadas no art. 76, § 2º da Lei n.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

9.099/95, sendo elas causas impeditivas do oferecimento da proposta de transação penal.

Em outras palavras, se porventura o investigado já tiver sido condenado à pena privativa de liberdade por sentença definitiva, pela prática de crime, tal como beneficiado pelo instituto despenalizador nos últimos 5 (cinco) anos. Além de os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos e circunstâncias do crime mostrarem que a medida despenalizadora não será suficiente para punir devidamente o sujeito, não será celebrado o negócio (LIMA, 2019).

Ademais, o inciso IV traz um resguardo ao direito de punir do Estado, pois a legislação não garante a suspensão ou interrupção da prescrição quando formalizado o acordo de não persecução penal (LIMA, 2019). Portanto, o mesmo não poderá ser firmado se o período de prova para cumprimento ocasionar a prescrição da pretensão punitiva (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Se por acaso o crime cometido for hediondo ou equiparado, o inciso V, §1º, da supracitada norma veda a aplicação do acordo de não persecução penal. Segundo ressalta Barros e Romaniuc (2018), independentemente do *quantum* da pena não será oferecido o benefício, devido a repugnância desses delitos para a sociedade.

O mesmo inciso ainda afasta a aplicabilidade do instituto nas infrações penais sujeitas à Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), isto é, quaisquer tipo de violência física, psicológica, sexual, até mesmo danos patrimonial ou moral praticada contra a mulher no contexto doméstico, familiar ou em qualquer outra relação íntima de afeto baseada no gênero (BIANCHINI; GOMES, 2018).

Além disso, importante salientar que no entendimento do inciso VI também não se aplica o acordo quando verificada a sua insuficiência para reprovar e prevenir a infração satisfatoriamente (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Por fim, Lima (2019) explica que o § 12 de igual modo restringe o alcance do benefício impossibilitando a realização do acordo para delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e disciplina da instituição militar. Destarte, a conclusão lógica é que não existe impedimento para convencionar o acordo de não persecução penal quanto aos crimes praticados por militares que não afetem o bem juridicamente tutelado pela norma penal castrense, qual seja, a hierarquia e disciplina.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.3 Formalização do Acordo de Não Persecução Penal

Apesar de ter sido incluído no ordenamento jurídico pelo art. 18 da Resolução 181/2017 do CNMP que dispõe sobre o procedimento investigatório criminal (PIC) presidido pelo Ministério Público, o acordo de não persecução penal pode ser firmado tanto nos autos do procedimento investigatório criminal quanto nos, do inquérito policial. Embora possuam nomenclatura diversa, isso não impede a sua aplicabilidade nos dois instrumentos investigatórios, pois a simples diferença terminológica não tem o condão de impedir o oferecimento do benefício (LIMA, 2019).

Estabelecido no § 3º da norma em análise, o acordo será celebrado por escrito entre o membro do Ministério Público e o investigado, sempre acompanhado de seu defensor, nos autos do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial, com a qualificação completa do autor do delito, estipulando com clareza as condições ajustadas e as datas para cumprimento (SOUZA; DOWER, 2018).

No mais, o acordo de não persecução penal também pode ser formalizado na mesma oportunidade da audiência de custódia, porém, Lima (2019) explica que não será no mesmo ato da audiência propriamente dita, mas sim, em ato separado, aproveitando a oportunidade de deslocamento do preso até as dependências do local, prezando, dessa maneira, pela economia e celeridade processual. Contudo, alerta Barros e Romaniuc (2018) que somente será possível se o magistrado e membro ministerial atuantes na ocasião forem, respectivamente, o juiz e promotor natural do caso.

As negociações da avença e a confissão detalhada do investigado, consoante Barros e Romaniuc (2018), devem ser registradas em meio de gravação audiovisual, no intuito de conferir maior fidelidade das informações. Sendo firmado o acordo, transparece do disposto no § 4º que a vítima não participa das tratativas, mas deve ser notificada da celebração, o que, segundo Mendonça (2018), aparenta um tão quanto incoerente. Questionando a satisfação e suficiência de eventual restituição de valores à vítima negociados pelo *Parquet* sem a sua presença.

Aliás, na hipótese de eventual mudança de endereço, telefone ou e-mail fica a cargo do investigado comunicar ao Ministério Público, bem como a comprovação de cumprimento das obrigações estipuladas. Cabendo a ele apresentar documentos que justifiquem o não cumprimento do acordo, independentemente de notificação (BARROS; ROMANIUC, 2018). “Com isso, pretende-se desenvolver o senso de responsabilidade ao investigado”, segundo entendimento de Cabral (2018, p.44).

4.4 Controle Judicial

Após a sua formalização, os autos contendo o acordo deverão ser submetidos ao juízo para homologação. Semelhantemente como ocorre com outros institutos de consenso criminal, o acordo de não persecução possui dois momentos de apreciação judicial.

O primeiro será logo em seguida à celebração, ocasião em que o juiz verificará a adequação, regularidade e legalidade do negócio, concordando com os termos, o homologa e remete ao Ministério Público para iniciar o cumprimento. A segunda oportunidade será quando o investigado adimplir todas as condições do acordo e o *Parquet* requer o arquivamento dos autos ao juízo (SOUZA; DOWER, 2018).

Nesse cenário, por outro lado, Andrade (2018) critica a redação dos §§ 5º e 6º, devido não esclarecer expressamente se o magistrado deverá homologar ou não a avença. Determinando apenas que, após analisar as cláusulas e considerando-as adequadas e suficientes, devolverá os autos ao órgão ministerial para implementação e, caso discorde do acordo ou de suas condições por reputar incabível ou insuficiente, remeterá os autos ao Procurador-Geral ou órgão revisor interno (Câmaras de Coordenação e Revisão) para adotar as providências cabíveis.

Diante desse caso, conforme incisos I a IV do §6º, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia ou designar outro membro para oferecer, complementar as investigações ou eleger outro membro para tal, readequar a proposta com o consentimento do investigado ou, por fim, a mantém nos mesmo termos, situação que vincula toda a instituição (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, 2017).

Segundo ensina Lima (2019), se porventura for cabível do acordo de não persecução e o membro ministerial se recusar, sem justificativa, a propô-lo, ao passo que o autor do delito manifestar interesse no negócio, o juiz se valerá do disposto na súmula 696 do Supremo Tribunal Federal (STF) e, por analogia ao antigo art. 28 do CPP, remeteria os autos ao Procurador-Geral ou à Câmara de Coordenação e Revisão para resolver o conflito.

4.5 Descumprimento

Há um consenso no negócio jurídico ajustado, em que o investigado assume voluntariamente o compromisso de cumprir integralmente as cláusulas do acordo, em troca do Ministério Público promover o arquivamento da investigação. Sem passar por todo o desgaste da instrução processual que poderia resultar numa sentença condenatória a pena privativa de liberdade (CABRAL, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Isto posto, se o autor da infração cumprir integralmente o instituído no acordo, determina o § 11 da Resolução 181/2017 do CNMP que será promovido o arquivamento das peças de informação. Contudo, Suxberger (2018) elucida que isso não acarreta a extinção da punibilidade do agente, pois apesar de provocar a ausência de interesse processual, o arquivamento não tem o condão de extinguir o direito punitivo estatal.

Havendo o descumprimento ou não sendo adequadamente satisfeita quaisquer das cláusulas da obrigação negocial, bem como não comprovada a sua realização no prazo e nos termos firmados, o membro ministerial deverá propor a ação penal. Isso é uma consequência lógica e natural da quebra do acordo, ocasionando o retorno ao *status co ante* à celebração (SOUZA; DOWER, 2018).

No entanto, Barros e Romaniuc (2018) afirmam que se ausentes os elementos informativos mínimos para embasar a propositura, poderá ser requisitada a complementação de diligências, a instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal.

Além disso, a inexecução da avença poderá ser utilizada como fundamento para não oferecer o benefício da suspensão condicional do processo no curso do processo criminal. Lima (2019) entende que a justificativa para a vedação diz respeito a probabilidade do autor também descumprir os termos do sursis processual, uma vez que são similares ao do acordo de não persecução penal.

4.6 A (In)constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal

Após o Conselho Nacional do Ministério Público editar a Resolução n. 181/2017, muitas discussões e críticas foram realizadas acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, dividindo entendimentos entre os juristas e provocando o ajuizamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.790 e 5.793.

Os que defendem a constitucionalidade argumentam fortemente que o instituto não viola o inciso I do art. 22 da Constituição Federal, não extrapola o poder regulamentar atribuído ao CNMP pelo §2º do art. 130-A e não ofende o princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública.

Cabral (2018) afirma que a implementação do acordo de não persecução por meio da Resolução está em consonância com o texto constitucional, uma vez que a Lei Maior atribuiu ao órgão de controle externo ministerial a incumbência de expedir atos regulamentares e recomendar providências no âmbito de sua competência de atuação, conforme §2º do art. 130-A.

Nesse sentido, Barros e Romaniuc (2018) esclarecem que o Supremo Tribunal Federal reconheceu o caráter normativo primário das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no julgamento da medida cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 12 e, consequentemente, por analogia, as do Conselho Nacional do Ministério Público teriam a mesma força normativa.

Também argumenta, Cabral (2018), que órgão pode expedir atos regulamentares de caráter abstrato dentro de sua alçada administrativa, desde que não ultrapasse sua competência. Defende que o ANPP não tem natureza penal e nem processual, porque veicula apenas matéria de política criminal, estabelecendo obrigações negociadas que não possuem natureza de sanção penal, qual seja, imperatividade. Ademais, com caráter de negócio jurídico extrajudicial, é impossível forçar o cumprimento das cláusulas estipuladas, por conseguinte, a quebra do acordo apenas desencadeará o oferecimento da denúncia e o seguimento do processo.

Aliás, o autor ainda sustenta que trata-se de evidente procedimento administrativo, haja vista estarem ausentes as características de normas processuais que, segundo o STF (2006), são aquelas que se referem ao contraditório, devido processo legal, direitos, deveres e demais normas regulatórias de atos inerentes à finalidade da jurisdição.

Em contrapartida, para os juristas que defendem a inconstitucionalidade, basicamente assentam desrespeito aos princípios e competências constitucionais. Andrade (2018) explica que o acordo de não persecução penal comporta matéria processual, devido ampliar os mecanismos de consenso no âmbito criminal, impactando diretamente nas garantias e direitos fundamentais que devem ser regulados exclusivamente por lei.

Segue justificando que a Carta Magna não autorizou o órgão de controle externo do Ministério Público regulamentar o direito processual penal por ato administrativo, e quando o CNMP o fez, usurpou a competência do Poder Legislativo.

Compartilhando a mesma ideia, Andrade e Brandalise (2017) aduzem que em razão de dispor sobre o direito de exercer a ação e o processo penal, a Resolução é claramente processual e viola a lei constitucional ao inovar a ordem jurídica sem possuir legitimidade. "Jamais o Supremo Tribunal Federal chancelou os diversos intentos de se legislar em matéria processual mediante atos de natureza administrativa, como é o caso da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público" (ANDRADE; BRANSALIDE, p. 252).

Suscita-se ainda, a ofensa ao princípio da obrigatoriedade ou indisponibilidade da ação penal, estampado implicitamente nos arts. 24, 42 e 576 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Código de Processo Penal e no inciso I do art. 129 da Constituição Federal, pois, por ser mandamento constitucional, Andrade (2018) defende que as hipóteses de sua flexibilização devem estar previstas em lei.

Dessa polêmica, em outubro de 2017 decorreram a propositura das ações diretas de inconstitucionalidade n. 5.790 e 5.793 (ADIs), ajuizadas, respectivamente, pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Nelas, as instituições impugnam a referida Resolução sob fundamento de inconstitucionalidade formal e material, utilizando as teses e fundamentos supracitados, o qual resume-se em: a usurpação de competência privativa da União para legislar e do Judiciário para julgar e impor sanção penal, extrapolação do poder regulamentar do CNMP e violação aos princípios constitucionais.

Cabe ressaltar que as ações ainda não foram julgadas pelo Supremo Tribunal Federal, entretanto, com o advento da Lei Anticrime, o ANPP foi incluído ao Código de Processo Penal, o que possivelmente será levado em consideração durante o julgamento.

5 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEI ANTICRIME

O Pacote Anticrime alterou o Código de Processo Penal incluindo o artigo 28-A cujo teor regulamenta o Acordo de Não Persecução Penal, conferindo novas características a esse instituto inicialmente previsto na Resolução do CNMP.

A Câmara dos Deputados (2018), por meio da Comissão de Juristas responsável pela elaboração da proposta legislativa, justificou a necessidade de implantação desse acordo em razão da necessidade de priorização dos recursos ao combate à macro criminalidade crescente no Brasil nos últimos anos. O objetivo da proposta era racionalizar de modo equilibrado o combate ao crime organizado e a criminalidade violenta com as infrações sem violência ou grave ameaça. Punindo de forma célere e eficaz estes delitos sem submeter os infratores ao encarceramento, ao passo que desafoga o Poder Judiciário.

Para solidificar as razões invocadas, trouxe dados sobre a população carcerária brasileira, os quais indicam que a maioria das pessoas privadas de liberdade (2/3 dos presos) praticaram crimes ligados ao tráfico de drogas ou com violência ou grave ameaça, e argumentou a necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a macro criminalidade e as sanções restritivas de direitos para as infrações penais não violentas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

5.1 Requisitos e Condições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo a Lei Anticrime, é facultado ao Ministério Público propor a celebração do acordo de não persecução penal, desde que seja necessário e suficiente para reprovar e prevenir o delito, nas hipóteses em que o agente preencha os seguintes requisitos cumulativos: não seja caso de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação; confesse formalmente e de maneira circunstanciada; a infração penal seja sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos (BRASIL, 2019).

Nesse contexto, de igual modo estabelece a norma ministerial, o acordo de não persecução do Código de Processo Penal (1941) será realizado se houver inícios e provas suficientes para embasar uma denúncia, caso contrário, prevalece o arquivamento uma vez que este é mais favorável ao investigado, em atenção ao princípio do *in dúbio pro reo*. Outro requisito idêntico é a necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime, que será apreciada pelo membro do *Parquet*, mas sujeita a supervisão do Juiz.

A confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal não violenta ou sem grave ameaça também é uma semelhança entre as duas normas. Cunha e Pinto (2020) explicam que apesar de confessar, não é reconhecida a culpa expressa do investigado, pois para que isso ocorra é fundamental a realização do devido processo legal, garantia suprimida em sede de consenso.

Para aferir a pena mínima aplicada ao delito, o §1º do artigo 28-A trouxe a mesma redação do artigo 18, §13 da Resolução, o qual estabelece que deverão ser consideradas no cálculo as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (BRASIL, 2019). Em consonância com o disposto nas súmulas n. 723 do STF e n. 243 do STJ.

Além disso, as condições impostas ao investigado são semelhantes entre as duas normas. Elas elencam o dever de reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, porém, caso não seja possível, em razão do agente ser financeiramente vulnerável, isto não obsta a celebração do acordo. Nessa hipótese, poderá o Ministério Público propor outra medida que seja compatível e proporcional com a infração (inciso V do artigo 28-A) ou mesmo se valer apenas das outras condições expressas, desde que sejam suficientes à situação concreta.

As demais exigências são a renúncia voluntária de bens e direitos indicados pelo *Parquet* como instrumento, produto ou proveito do delito. A prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas por período correspondente a pena mínima cominada ao crime, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução. Além do pagamento de prestação pecuniária a ser destinada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a entidade pública ou de interesse social, indicada pelo juízo da execução, que tenha preferencialmente como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (BRASIL, 2019).

Em relação a essas duas últimas situações, a única alteração trazida pelo pacote anticrime foi acerca da autoridade competente para indicar o local de cumprimento dos serviços e a entidade destinatária dos valores pagos a título de prestação pecuniária. Na Resolução n. 181/2017, o Ministério Público que indicava o local e a entidade beneficiada, ao passo que na Lei Anticrime será a autoridade judiciária.

5.2 Hipóteses de Não Cabimento

Ao contrário dos requisitos e condições, o §2º do artigo 28-A elenca hipóteses de não cabimento diferentes das previstas no artigo 18, da Resolução n. 181/2017, exceto o inciso I que foi replicado, o qual estipula que não será possível celebrar o acordo de não persecução quando for cabível a transação penal, esta terá preferência ao ANPP.

Já o inciso II aduz que será impedida a celebração se o investigado for reincidente ou tiver elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional para o crime (BRASIL, 2019). Entretanto, se os delitos anteriormente praticados forem insignificantes, apesar de habitual, reiterada ou profissional a conduta, não haverá obstáculo.

Além disso, segundo o inciso III, o agente não pode ter sido beneficiado pelos institutos de consenso (ANPP, transação penal e suspensão condicional do processo) nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração.

Por fim, também será vedada a avença nos crimes praticados em contexto de violência doméstica ou familiar. Neste caso, o legislador não restringiu a aplicação apenas à vítima mulher, portanto, havendo quaisquer tipos de violência, seja ela física, psicológica, moral, sexual ou patrimonial, contra o homem ou a mulher impossibilita o ajuste. Em seguida, a segunda parte do texto normativo traz o óbice quando o delito contra a mulher ocorrer em virtude da condição do sexo feminino, independentemente se acontecer no âmbito doméstico ou familiar.

Cabe destacar que o artigo 28-A foi omisso a respeito da aplicabilidade do acordo de não persecução aos crimes militares, ao passo que a Resolução n. 181/2017 foi explícita ao vedar a sua aplicação aos delitos militares que afetassem a hierarquia e disciplina. Este silêncio, segundo Cunha e Pinto (2020), resultará na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

criação de duas correntes, uma que defenderá a celebração do ANPP e outra que julgará o incompatível com os crimes de natureza militar.

5.3 Formalização e Controle Judicial

Na redação anterior, não havia previsão expressa de medida a ser tomada pelo investigado que tivesse interesse na celebração do acordo e o Ministério Público não o oferecesse. Todavia, com as inovações trazidas pela Lei n. 13.964/19, o § 14 do artigo 28-A estipula que se o *Parquet* recusar propor o acordo de não persecução, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior para que este decida, na forma do art. 28 do CPP (BRASIL, 2019).

Em outras palavras, após a provocação do investigado, o juízo encaminhará os autos ao Procurador-Geral de Justiça (âmbito estadual) ou à Câmara de Coordenação e Revisão (âmbito da União) para que a órgão revisional solucione a controvérsia.

Por outro lado, caso seja oferecido, de maneira semelhante como previa a Resolução ministerial, o acordo será formalizado por escrito nos autos da investigação e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor (§ 3º). Essa norma também possibilitava a celebração do acordo na mesma oportunidade da audiência de custódia, mas esta previsão não foi aderida pela Lei Anticrime.

Além disso, a confissão e as tratativas que antes deveriam ser registradas por recurso de gravação audiovisual, na previsão atual o legislador não especificou a forma como se realizará, o que deixa em aberto a possibilidade da confissão ser escrita ou por meio audiovisual.

Consoante o §4º do artigo 28-A, a avença será homologada em audiência própria, ocasião em que o juízo verificará a sua legalidade e a voluntariedade do investigado em firmar o ANPP, por meio da sua oitiva e na presença do seu defensor (BRASIL, 2019). Sob outra perspectiva, o preceito ministerial não previa especificamente a homologação, entretanto subtendia-se tal ato, visto que logo após a celebração do acordo era obrigatória a sua remessa para apreciação do juízo.

Na hipótese de o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições, prevê o §5º que ele devolverá os autos ao órgão ministerial a fim de que seja reformulada a proposta, a qual o investigado e seu defensor deverão concordar.

Realizadas as adequações ou não havendo a necessidade delas, o juízo homologará o acordo de não persecução penal e remeterá os autos ao Ministério

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Público para que se inicie o cumprimento perante o juízo da execução (BRASIL, 2019). Caso contrário, se não for realizada a adequação, bem como na hipótese em que a proposta não atender aos requisitos legais, o juiz poderá recursar a homologação.

Nos termos da Lei n. 13.964/19, se recusada a homologação, o juiz deverá devolver os autos ao titular da ação penal para que analise a necessidade de complementação das investigações ou ofereça a denúncia (BRASIL, 2019). Dessa forma, a decisão final sobre o ANPP é da autoridade judiciária.

De modo diverso, a Resolução 181/2017 estabelecia que na hipótese de discordância do juiz, os autos seriam remetidos diretamente ao órgão superior do ente ministerial para que solucionasse o impasse e sua decisão vincularia toda a instituição. Nesse cenário, a palavra final era do *Parquet,* em consonância com o antigo artigo 28 do CPP.

Por fim, cabe ressaltar que embora a vítima não participe das tratativas do ANPP, ela será intimada da sua homologação e também de seu descumprimento em ambas as normas. Noutro giro, apenas no pacote anticrime está expresso que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para fins de registro da concessão do benefício (BRASIL, 2019).

5.4 Descumprimento

Consoante a Lei anticrime, se descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (BRASIL, 2019). A Resolução ministerial, por sua vez, trazia a imediata propositura da ação penal, não havendo comunicação ao Judiciário.

Se o investigado cumprir integralmente o acordo de não persecução penal, as medidas a serem adotadas são diferentes. Naquela o juízo competente decretará a extinção de punibilidade, enquanto nessa o titular da ação penal promovia o arquivamento dos autos da investigação.

Por fim, um dos pontos comuns na redação do ANPP nas duas normas é a autorização conferida ao *Parquet* para utilizar o descumprimento do ajuste como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo (BRASIL, 2019).

Assim, no tocante ao cumprimento e descumprimento do acordo de não persecução penal, não houve muitas diferenças entre as previsões normativas, pois os atos a serem realizados são bastante semelhantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste estudo possibilitou verificar as inovações que o Lei n. 13.964/2019 trouxe ao acordo de não persecução penal inicialmente implementado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Ao comparar a Lei Anticrime com a Resolução do CNMP, observou-se que o legislador conferiu nova forma ao supracitado instituto de consenso. Não obstante tenha transcrevido para o novo texto legal parcela dos dispositivos da antiga norma, – algumas com a redação igual e outras com pequenas alterações, mas permanecendo a essência e finalidade – também foram realizadas modificações significativas como a supressão de alguns dispositivos e a implementação de novos.

Nesse diapasão, os pressupostos do *caput* do artigo 28-A do CPP são iguais ao do artigo 18 da Resolução do CNMP, exceto a inclusão do requisito subjetivo de necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime, que na norma anterior era previsto como hipótese de não cabimento, mas no Pacote Anticrime ela foi disposta como requisito.

As condições também permaneceram as mesmas, foram elencadas todas as cinco que já eram previstas na norma ministerial. Porém realizou-se algumas modificações acerca da autoridade que indicará a entidade beneficiária dos valores pagos referente a prestação pecuniária e o local de cumprimento da prestação de serviços à comunidade, que antes era o membro do Ministério Público e atualmente será o Juízo da Execução.

Em relação as hipóteses de não cabimento, estas sofreram grandes inovações, o legislador não as repetiu como fez com os requisitos e condições, a exceção do inciso I, o qual dispõe sobre a impossibilidade de celebração do ANPP quando couber a transação penal. No que tange a formalização e ao controle judicial, a Lei n. 13.964/2019 estipulou uma atuação mais participativa do magistrado na supervisão do cabimento e das cláusulas pactuadas. De modo que a decisão final sobre a celebração do acordo, em caso de discordância, cabe ao juízo e não mais ao *Parquet*, como previa a Resolução 181/2017.

Vale ressaltar que a despeito da vítima não participar das tratativas do ANPP, ela será intimada da sua homologação e também de seu descumprimento. Isso evidencia a preocupação do legislador em cientificar a vítima do resultado final das tratativas consensuais, se elas foram devidamente cumpridas ou não.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ademais, ao dispor que será extinta a punibilidade se cumpridas as condições, o pacote anticrime traz maior segurança para o investigado, haja vista que o arquivamento – previsto na Resolução – não era ato definitivo, existindo a possibilidade de desarquivamento se aparecidas novas evidências, conforme entendimento do artigo 18 do CPP.

Depreende-se, portanto, que o acordo de não persecução penal, nos moldes trazidos pela Lei Anticrime, sofreu significativas inovações, especialmente quanto as condições de não cabimento, controle jurisdicional e cumprimento do ajuste. Conferindo novas hipóteses de impedimento, maior participação do juízo no controle das exigências legais e maior segurança jurídica para o investigado que cumpre exitosamente o acordo.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Paulo Wunder de. **Justiça Penal Negociada**: o processo penal pelas partes. 2016. 136 f. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16455. Acesso em: 06 mai. 2020.

ALVES, Jamil Chaim. **Justiça Consensual e *Plea Bargaining.*** *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: Juspodivm, 2018.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77401/46266. Acesso em: 11 mai. 2020.

ARAS, Vladimir. **Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado.** *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Disponível em:

https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530985462/. Acesso em: 03 Mai 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. **Acordo de Não Persecução Penal (Resolução CNMP) e Lei Maria da Penha**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mai. 2020.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL n. 10372/2018**. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. 2018. Brasília, DF: Poder Legislativo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CC329960F52830EFEB5CC8CB77E89942.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181 de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277. Acesso em: 11 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Corregedoria Nacional. **Pronunciamento Final em Procedimentos de Estudos**. Brasília: Conselho

Nacional do Ministério Público, 2017. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 11 mai.

2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11. mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e da outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 09 mai. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2970**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 16 da Lei 8.185 de 14.05.91. Arts. 144, par. único e 150, caput, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios [...] Alegação de ofensa ao princípio da publicidade dos atos processuais. Arts. 5º, LX e 93, IX, da Constituição Federal. Relatora: Min. Ellen Gracie, 20 de abril de 2006. DJ 12-05-2006. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266970. Acesso em: 18 mai. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP)**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista**. Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal comentados por artigos**. 4 ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, 2020.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência

brasileira. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 4, n. 1, p. 279 - 297, jan./jun. 2018, DOI: https://doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5919. Disponível em: https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/5919. Acesso em: 08 mai. 2020.

FREIRE JR., Américo Bedê. **O Acordo de Não Persecução Penal**: permissões e vedações. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 7 ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodvim, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDONÇA, Ana Cristina. **A defesa técnica e o acordo de não persecução penal.** *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930753/. Acesso em: 8 mai. 2020.

RIBEIRO, Cláudio Luiz Frazão. Juizados Especiais Criminais: Da Justiça Consensual à Construção da Solução do Conflito: Um Estudo em Homenagem ao Professor Doutor Luis Alberto Warat, nos Cinco Anos de seu Falecimento e nos 20 Anos de Vigência da Lei Nº 9.099/1995. **Revista Jurídica CESUMAR**, v. 16, n. 1, p. 25-48, jan./abr. 2016. DOI: http://dx.doi.org/10.17765/2176-9184.2016v16n1p25-48. Disponível em: https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/4434. Acesso em: 8 mai. 2020.

SILVA, Elisdaira Marília Fernandes da. **A Constitucionalidade do Acordo de Não-persecução Penal Previsto na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional Do Ministério Público**: Um Estudo Acerca da Expansão da Justiça Criminal Consensual

no Brasil. 2018. 107 f. Monografia (Graduação em Direito). Curso de Bacharel em Direito, Universidade Federal de Roraima. Roraima, 2018. Disponível em: http://ufrr.br/direito/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=88:2018-2&Itemid=314. Acesso em: 8 mai. 2020.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. *In:* CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução Penal**: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

NOTAS:

[1] Doutora e Mestre em Educação (UFBA), Especialista em Comunicação, Estratégias e linguagens e Graduada em Comunicação Social, habilitação em Relações Públicas. Professora do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA) e Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica). CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/2071561110428532. E-mail: valdirene.silva@catolica-to.edu.br.

[2]Professor do Centro Universitário Católica do Tocantins (UniCatólica), Mestre em Direitos Humanos e Prestação Jurisdicional pela ESMAT/UFT, especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT/UFT, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus Brasília/DF, analista jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, Médico Veterinário e bacharel em Direito. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br M. CV Lattes: http://lattes.cnpq.br/8230081219259484.

[3] Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente (BRASIL, 1995).

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (BRASIL, 1995).

[4] Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da

aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (BRASIL, 1995).

[5] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (BRASIL, 1995).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RELEVÂNCIA DA CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA PARA O SETOR DE CONSTRUÇÃO CIVIL

RHUAN CARLOS DUARTE MARTINS: Advogado; graduado em Direito no Centro Universitário do Espírito Santo – UNESC; especialista em Direito Tributário e Gestão Empresarial na Fundação Getúlio Vargas.

RESUMO: No cenário empresarial, a tributação é um importante integrante na formação de preços dos produtos, uma vez que, associado a outros fatores de produção, contabiliza-se os custos e é possível mensurar a margem de lucro. Nessa perspectiva, a Construção Civil deve ser observada com acuidade, haja vista sua relevância para a economia nacional. E de que forma a tributação nacional reflete no preço dos produtos e serviços do mercado da Construção Civil? O vertente trabalho científico evidenciou esse aspecto mercadológico em paralelo com esses relevantes fatores jurídicos, a fim de auxiliar o tributarista no planejamento tributário da atividade de incorporações.

PALAVRAS-CHAVE: Tributo, Direito Tributário, Planejamento Tributário e Construção Civil.

ABSTRACT: In the business scenario, taxation is an important component in the formation of product prices, since, together with other production factors, costs are accounted for and it is possible to measure the profit margin. In this perspective, Civil Construction must be carefully observed, given its generation for the national economy. And how does a national tax reflect on the price of products and services in the Civil Construction Market? The scientific work aspect highlighted this marketing aspect in parallel with these relevant legal factors, in order to assist the tax in the tax planning of the incorporation activity.

KEYWORDS: Tax, Tax Law, Tax Planning and Civil Construction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. As inovações tributárias e seus reflexos nos custos da construção civil: 2.1. O ITBI – Imposto de transmissão de bens imóveis "intervivos" e IPTU – Imposto Predial Urbano; 2.2. O Supersimples na construção civil; 2.3. A tributação do contrato de empreitada com faturamento direto para o cliente; 2.4. O Imposto de Renda sobre o ganho de capital na compra e venda de imóveis; 2.5. O Regime especial de tributação (RET) do Programa Minha Casa, Minha Vida. 3. Conclusão. 4. Bibliografia.

1 INTRODUÇÃO

Seria possível estabelecer um parâmetro entre "tributação das empresas de construção civil x redução da carga tributária e incremento dos negócios com o consumidor final"? Em que medida a carga tributária suportada pelas empresas de construção civil deve ser replanejada para uma melhor economia tributária?

A finalidade social da empresa é a sua contribuição para a sociedade na qual está inserida, seus reflexos trabalhistas, civis e tributários. O alto custo de empreendimentos imobiliários no que tange aos tributos diretos e indiretos afeta, por vezes, a credibilidade de empresas do ramo na obtenção de crédito, na estabilidade de seus colaboradores e na confiança dos parceiros negociais na celebração de acordos comerciais.

Portanto, é necessário comprovar que, no que pese a incidência tributária, a viabilidade da construção civil resta mantida e apta a impulsionar a economia e gerar riqueza para os entes diretamente envolvidos.

Avaliar tais questões urge diante da crescente mortalidade de empresas do segmento que por ora não conseguem se adequar ao sistema vigente, portanto, o tema sugere aplicabilidade e contemporaneidade.

Considerando a ausência de uma codificação acerca da construção civil, é necessário conhecer todo viés legal pertinente deste ramo econômico, a jurisprudência recente e a doutrina especializada, a fim de oferecer ao setor uma confiança para empreender e buscar novos negócios. Tal intento será obtido por meio de um planejamento tributário adequado associado a uma contabilidade gerencial que assegure a sua escrituração. Consoante obtempera MARTINEZ[1]:

> "Esse conjunto de instrumentos jurídicos prescritivos que regulam a técnica contábil pode, com finalidades didáticas, ser classificado como um ramo próprio do Direito, sendo definido a priori pelo fato de tais instrumentos terem um objeto comum: a normatização da técnica contábil. É possível dizer que o Direito Contábil, "segmento" do Direito, tem como conteúdo a ordem normativa que trata da linguagem contábil (conhecimento contábil) juridicizada".

As empresas de construção civil ao passo que impulsionam a economia pública, sofrem com o desgaste pela falta de gestão, organização e adequação ao sistema vigente, representando risco para sua existência. Destarte, é recomendável que se planejem, especialmente sob o aspecto tributário, a fim de recuperem o fôlego empreendedor que é ínsito à sua atividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O tema em destaque será analisado sob a ótica legal, concentrando esforços doutrinários e jurisprudenciais relacionados às empresas construção civil de médio porte.

2 AS INOVAÇÕES TRIBUTÁRIAS E SEUS REFLEXOS NOS CUSTOS

2.1 O ITBI – Imposto de transmissão de bens imóveis "intervivos" e IPTU – Imposto Predial Urbano

Este tributo de exação de competência municipal está disciplinado no artigo 155 da Constituição da República Federativa do Brasil[2] em seu inciso I. Haverá, pois, uma legislação para cada município brasileiro.

De acordo com a doutrina do tributarista PAULSEN[3]:

> "A instituição do IPTU deve ater-se à tributação da propriedade. Não se pode equiparar à propriedade qualquer outro direito real. O direito de propriedade envolve a faculdade de usar, de gozar e de dispor. É esta revelação de riqueza, relativamente a imóvel urbano, que foi apontada pela Constituição como capaz de ensejar a sujeição do seu titular a um imposto de competência municipal. Assim, não obstante toda a prática em sentido contrário e mesmo a letra do art. 34 do CTN, tenho que o legislador só pode indicar como contribuinte o proprietário e não o titular de outros direitos reais menos densos e que não revelam riqueza na condição de proprietário, ainda que seus titulares exerçam prerrogativas típicas do proprietário, pois sempre serão prerrogativas parciais ou temporárias, como a superfície, as servidões, o usufruto, o uso e o direito do promitente comprador, previstos no art. 1.225, II a VII, do Código Civil (Lei 10.406/02). Estes outros direitos reais são revelações de riqueza em menor grau, não eleitas pela Constituição como ensejadoras, por si só, da instituição do IPTU. Não é por acaso que a propriedade consta como o primeiro dos direitos reais, no art. 1.225, I, diferenciando-se dos demais em razão de sua plenitude"

Sua incidência decorre do fato gerador transferência da propriedade e cessão de direitos, salvo doação. Consoante a Carta Magna, há ainda duas hipóteses de não-incidência, quais sejam:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> I – quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito; e
>
> II – quando decorrente da incorporação ou da fusão de uma pessoa jurídica por outra ou com outra.

E subscreve a CRFB que, dentre as hipóteses de não-incidência, caso a pessoa jurídica tenha atividade preponderante de compra e venda de imóveis verificada nos dois biênios que envolvem a atividade empresarial, aí incidirá o ITBI. Tal consideração é importante na formação do preço dos imóveis e no custo orçamentário das construtoras.

Sua função é eminentemente fiscal, ou seja, obtenção de receita para o Fisco Municipal, não obstante, é obrigatória seu recolhimento para o registro dos imóveis.

Uma grande discussão relacionado ao ITBI está envolto à sua base cálculo. Muito tem se debatido doutrinária e jurisprudencialmente: se se aplica o valor comercial da transação ou se o valor venal do imóvel. Forte corrente tem levado a navegar que o preço de mercado é a base de cálculo correta e mais adequada. Isto é a sensibilidade do princípio da isonomia e da legalidade no processo tributário e reflete as operações realizadas no mercado imobiliário.

De acordo com o Ministro do Superior Tribunal da Justiça, Herman Benjamin[4], o valor venal do imóvel para fins de IPTU não coincide, necessariamente, com o valor do imóvel ora comercializado. Este é apurado de acordo com a declaração do contribuinte e possui presunção de veracidade, mesmo que possa ser contestada pela administração fiscal municipal em processo competente.

O IPTU – Imposto Predial Territorial Urbano, por seu turno, tem como fato gerado a propriedade urbana (“animus domini”), consoante dispõe a CRFB em seu artigo 156, I em combinação com o artigo 32 do Código Tributário Nacional[5]. É igualmente um imposto municipal.

Este imposto é de importe consideração para os custos da construção civil porque incidirá sobre as unidades imobiliárias em estoque, refletindo no preço final após a entrega bem como será suportado integralmente pelo construtor enquanto não realizada a venda. Em loteamento, por exemplo, os custos anuais podem alcançar os valores elevados acima de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), porque conta-se a partir da urbanização do empreendimento.

Por se tratar de um imposto sujeito a avalição em planta de valores, é possível encontrar mecanismos de sua economia, a fim de reduzir os custos da construção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

civil. O jurista MARTINS[6] exemplifica: as avaliações podem ocorrer em massa. Feito isso, o fiscal tributário poderá atribuir um valor que reflita as condições de novidade e inovação do empreendimento que acabara de ser entregue.

2.2 O Super Simples na construção civil

Publicado em 08 de agosto de 2014, a Lei Complementar nº 147, que alterou os dispositivos da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006[7], criou o SUPERSIMPLES, uma inovação do Simples Nacional que tem o talante principal a simplificação tributária com estímulos às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte.

Desde 2007, quando o setor da construção civil fora adicionado ao SIMPLES NACIONAL, havia uma expectativa de que o setor beneficiado e teria uma alavancagem após mais de 15 anos de estagnação, haja vista que as medidas de estímulo eram aguardadas desde a década de 1990.

Este ramo em destaque é complexa atividade e a aparente simplicidade esperada pelo SIMPLES acabou se convertendo em um sistema prejudicial, uma vez que as vantagens tributárias, para serem alcançadas, dependeriam de um certo enquadramento, o que só era possível diante da sua utilização indiscriminada, prejudicando tanto o relacionamento com o Fisco Municipal, no tocante ao Imposto sobre Serviço (ISS), quanto com o Fisco Federal em relação ao recolhimento das contribuições previdenciárias.

Na prática, por se tratar de uma área empresarial que esses tributos são vinculados às obras ou serviços, as irregularidades percebidas no recolhimento pelo optante do SIMPLES geravam alguns problemas de regularidade da obra, comprometendo o risco judicial e fiscal. À guisa de exemplo, se o empreiteiro divide sua atividade em duas, três, quatro etc, número de empresas, com o objeto de burlar o fisco para realizar seu enquadramento no SIMPLES, ocorrer a diluição da garantia civil de serviços, dado o volume de sócios distintos, além do possível irregular recolhimento do imposto único.

Isso faz com que o SIMPLES necessariamente seja reavaliado pela Receita Federal, se sujeitando o optante às expensas dos arbitramentos.

É mister que o contribuinte da construção civil haja sabiamente, estudando os cálculos antes de efetuar o recolhimento e, principalmente, analisando se a carga tributária do Simples Nacional é a melhor alternativa diante das outras. É, pois, preciso se analisar os aspectos de mercado, comércio, societários e fiscais (gestão estratégia) e realizar o mais adequado planejamento tributário. Ora, se a tabela do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SIMPLES pode chegar a 16% (dezesseis por cento), certamente não seria a melhor escolha se comparado, por exemplo, ao lucro presumido, que é tributado no máximo a 6,5% (seis e meio por cento).

Assim, tem-se que outros regimes tributários podem ser um planejamento tributário mais vantajoso, bem como o SIMPLES, em determinados casos será mais benéfico. O importante é que haja segurança jurídica para as empresas e redução de carga tributária.

2.3 – A tributação do contrato de empreitada com faturamento direto para o cliente

O contrato de empreitada trouxe a inovação ao mundo jurídico no sentido de otimizar as relações contratuais no meio empresarial. No ramo da construção civil, flexibilizou as contratações, garantido agilidade e resguardando a responsabilidade civil por ato de terceiros, uma vez que o serviço prestado passa a ser garantido por cláusula legal e os vícios podem ser reparados, diminuindo os custos do empreendedor ou o do contratante da obra.

Tem sua gerência legal consoante os artigos 610 e seguintes do Código Civil[8] e a responsabilidade civil do empreiteiro, como dito, compromete a entrega pré-ajusta com uma esperada qualidade. Decorre, pois, da lei a obrigação e as garantias do empreiteiro tanto em relação à execução como em relação aos materiais. Reza o "caput" do art. 618 do Código Civil:

> "Art. 618. Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo."

Vale informar ainda que pode ser tanto na modalidade mão-de-obra quando a possibilidade de fornecimento de materiais, donde decorrerá as principais implicâncias tributárias, que passa-se a narrar. Nesse sentido, dispõe o parágrafo 1º do artigo 610 do Código Civil:

> "Art. 610. O empreiteiro de uma obra pode contribuir para ela só com seu trabalho ou com ele e os materiais.
>
> § 1º A obrigação de fornecer os materiais não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes. [...]"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dada essa possibilidade legal, é comum que os contratos empreiteiros possuam a cláusula de faturamento direto em nome da empreiteira, onde esta passa a responder pelo preço e qualidade dos materiais empregados, uma vez que comprará seu nome próprio e quitará perante o fornecedor as obrigações financeiras.

Mas há um artifício que visa uma economia tributária dentro do cenário exposto. Com a aposição de um contrato acessório, contrato de mandato, o empreiteiro compra em nome da contratante os materiais necessários para execução da empreitada. Esta prática reduzirá a carga tributária das contribuições PIS e COFINS incidentes sobre o faturamento líquido, aplicando-se a alíquota de 3,65%. Em caso de opção pelo lucro presumido, aplica-se o acréscimo de 5,40% sobre a receita faturada de IPRJ e CSLL.

No tocante às obrigações acessórias previdenciárias, a empreitada total não fica descaracterizada por causa do contrato de mandato, continuando a empreiteira (a pessoa jurídica de construção civil) pelo CEI e CND da obra, como se faturasse direto os materiais.

A Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil nº 971 de 2009[9] traz um procedimento que varia da orientação acima, que ocorrerá apenas nos casos em que o a empreitada é parcial, ou seja, apenas fornecimento de mão-de-obra:

> "Art. 322. Considera-se: [...]
>
> § 2º Receberá tratamento de empreitada parcial:
>
> [...]IV - aquela realizada por empresa construtora em que tenha ocorrido faturamento de subempreiteira diretamente para o proprietário, dono da obra ou incorporador, ainda que a subempreiteira tenha sido contratada pela construtora.
> [...]
> Art. 323. Terá tratamento de obra de pessoa jurídica:
> I - a construção de edificação em condomínio e a incorporação por pessoa física, desde que atendidos os requisitos da Lei nº 4.591, de 1964;
> II - a construção em nome coletivo, sob responsabilidade de pessoas jurídicas ou de pessoas físicas e jurídicas, incorporada na forma da Lei nº 4.591, de 1964."

Os tributos federais e as competentes retenções para a Previdência Social, por seu turno, aplicar-se-á a regra empreitada só de mão de obra, sendo a retenção

nas alíquotas 11% ou 3,5% de responsabilidade do contratante da empreitada, descontado sobre o valor da nota fiscal, *ex vi* do artigo 31, da Lei 8.212 de 1991[10]:

> "Art. 31 – A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no §5ª do art. 33 desta Lei".

Portanto, se sujeita à retenção os seguintes casos de substituição tributária:

- Empreitada parcial ou subempreitada (global: com obra e mão-de-obra);
- Empreitada total ou parcial de serviços (apenas).
- Para os demais prestadores de serviços, a carga tributária para o IRPJ e CSLL será mais onerosa para os optantes do lucro presumido em caso de faturamento direto de materiais. Aqui, a carga se mostra nas seguintes alíquotas:
- 2,28% - empreitada com fornecimento de materiais;
- 7,68% (acréscimo de 5,40%) – empreitada de mão de obras apenas.

Há uma outra questão igualmente relevante, que é a CPRB – Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta. A partir de janeiro de 2016, tornou-se opcional a desoneração da alíquota da CPRB.

Por fim, conforme a Instrução Normativa da RFB nº 1.700/2017[11] (sucessora da notável Instrução Normativa da RFB nº 1.515/2014), o Lucro Presumido adotará as seguintes base de cálculo:

> "Art. 32. À opção da pessoa jurídica, o IRPJ e a CSLL poderão ser pagos sobre base de cálculo estimada, observado o disposto no § 4º do art. 31.
>
> Art. 33. A base de cálculo do IRPJ, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta definida pelo art. 26,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

auferida na atividade, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

[...]

§ 1º Nas seguintes atividades o percentual de determinação da base de cálculo do IRPJ de que trata o caput será de:

II - 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida:

[...]

c) nas atividades imobiliárias relativas a desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda e a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda; e

d) na atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra;

[...]

IV - 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida com as atividades de:

[...]

c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;

d) construção por administração ou por empreitada unicamente de mão de obra ou com emprego parcial de materiais;

[...]"

2.4 – O Imposto de Renda da Pessoa Jurídica sobre o ganho de capital na compra e venda de imóveis

Em março de 2016 a Presidência da República sancionou a legislação que eleva o Imposto de Renda sobre o ganho de capital. O lucro imobiliário (ganho de capital) é o valor alienação diminuído da diferença positiva entre o valor da alienação e o custo de aquisição. Para as operações não expressas em dinheiro, a base de cálculo é o valor de mercado do bem. E, por mais relevante, as alienações por meio de financiamento bancário habitacional ou consórcio é o valor que efetivamente se recebeu.

Para os efeitos legais, considera-se alienação a compra e venda, permuta, desapropriação, dação em pagamento, outorga de procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos, adjudicação, transmissão 'causa mortis', doação, adiantamento de legítima, atribuição decorrente da dissolução conjugal ou de união estável etc.

Com a majoração, por meio de medida provisória, o Governo Federal visa ampliar seus recursos para combater a crise financeira sentida atualmente no país. A proposta estabelece as seguintes alíquotas:

- 17,50% para o ganho de capital entre R$ 5.000.000,00 e R$ 10.000.000,00;
- 20,00% para o ganho de capital entre R$ 10.000.000,00 e R$ 30.000.000,00;
- 22,50% para o ganho de capital acima de R$ 30.000.000,00.

Segundo as fontes jornalísticas especializadas[12], a pretensão do Governo Federal é arrecadar R$ 1 bilhão.

Essa majoração, de acordo com o Art. 62, parágrafo 2º da CRFB, começa a ser cobrada por meio das declarações de imposto de renda de pessoa física a partir de 2017.

2.5 – O Regime especial de tributação (RET) do Programa Minha Casa, Minha Vida

A Lei nº 11.977 de 07 julho de 2009 dispõe sobre o PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA, que tem por finalidade impulsionar a produção de novas unidades habitacionais para pessoas com renda mensal até R$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais) ou 10 salários mínimos em valor atualizado.

Por meio da Medida Provisória nº 656 de 07 de outubro de 2014, posteriormente convertida na Lei nº de 13.097, de 19 de Janeiro 2015, a Presidência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da República prorrogou até 31 de dezembro de 2018 o Regime Especial de Tributação do PMCMV. Esses benefícios, incluindo os subsídios do Governo Federal, estão escalonados por faixa de renda.

O foco doravante está na faixa até três salários mínimos, onde o PMCMV chega à renda de R$ 1.395,00 e utiliza os recursos do FAR – Fundo de Arrendamento Residencial, um programa do Governo Federal gerido pelo Ministério das Cidades e operado pela Caixa Econômica Federal.

O intuito é a diminuição do déficit habitacional e os imóveis são construídos em empreendimentos com especificações particulares para essa finalidade, com construtoras contratadas pela Caixa e por esta garantida a entrega dos imóveis até a sua legalização perante o tomador do recurso.

O Programa Minha Casa Minha Vida detém um Regime Especial de Tributação – RET. Neste caso, a tributação única será de 1% sobre a construção contratada. Aplica-se aos imóveis de interesse social que se vinculem ao programa, nos termos da Lei nº 10.931/09[13] em seu artigo 4º, parágrafo 6º, que reza:

> "Art. 4º da Lei nº 10.931/09 – Para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação, a incorporadora ficará sujeita ao pagamento equivalente a 4% (quatro por cento) da receita mensal recebida, o qual corresponderá ao pagamento mensal unificado do seguinte imposto e contribuições:
> I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
> II - Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;
> III - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL; e
> IV - Contribuição para Financiamento da Seguridade Social - COFINS.
> [...]
> §6º - Até 31 de dezembro de 2018, para os projetos de incorporação de imóveis residenciais de interesse social, cuja construção tenha sido iniciada ou contratada a partir de 31 de março de 2009, o percentual correspondente ao pagamento unificado dos tributos de que trata o **caput** será equivalente a 1% (um por cento) da receita mensal recebida.
> § 7º Para efeito do disposto no § 6º, consideram-se projetos de incorporação de imóveis de interesse social

> os destinados à construção de unidades residenciais de valor de até R$ 100.000,00 (cem mil reais) no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida, de que trata a Lei no 11.977, de 7 de julho de 2009.
> § 8º As condições para utilização do benefício de que trata o § 6º serão definidas em regulamento."

E continua:

> "Art. 7º da Lei nº 10.931/09 – O incorporador fica obrigado a manter escrituração contábil segregada para cada incorporação submetida ao regime especial de tributação."

Segundo as Instruções Normativas nº 1.435/13[14] e 1.470/14[15], algumas questões importantes hão de ser consideradas para o RET, quais sejam:

a) O benefício será concedido a todo empreendimento e não apenas às unidades isoladas;
b) Ainda que as unidades possuam características físicas do MCMV, a venda acima do lime estabelecido derroga o benefício;
c) O pagamento do imposto único, segundo o art. 5º, da Lei 10.931/09 será feito pela incorporadora por meio de DARF identificado.
d) O RET se aplica se aplica às incorporações que sejam objeto de patrimônio de afetação (arts. 1º *et seq*, da citada lei);
e) As incorporadoras/construtoras devem ser às empresas contratadas pelo Estado e não as subcontratadas por essas;
f) É admissível a construção de imóveis do MCMV fora de loteamentos para fins de enquadramento no RET.

De acordo com a Solução de Consulta COSIT nº 33, de 03 de Fevereiro de 2014[16], "o pagamento unificado de tributos federais no âmbito do PMCMV está condicionado à opção pelo RET, no caso das incorporações imobiliárias. Por outro lado, para as empresas que realizam a construção de unidades habitacionais de acordo com as condições fixadas pelo citado Programa, basta a observância das regras constantes do capítulo segundo da Instrução Normativa RFB nº 1.435, de 2013".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Uma importante colocação observa pelo RET é o planejamento tributário de loteamentos e desmembramentos, o quais são regulados pela Lei 6.766 de 1979 – Lei do Parcelamento do Solo Urbano. De acordo com a Lei 10.931/04, os loteamentos não podem usufrui do regime especial.

É praticamente impossível hodiernamente pensar em regularização fundiária e expansão de mercado imobiliário sem tratar do assunto loteamento. Com vistas nesse intuito, poderá ser parcelado o solo e posteriormente serem implantadas as unidades do âmbito do PMCMV por meio de fração ideal de terreno. Neste caso, a unidade que geral as frações ideais será contemplada pelo RET.

A Solução de Consulta DISIT/SFFR nº 57/2010[17] esclareceu o assunto do parágrafo anterior de maneira cristalina:

> "Receitas provenientes das obras de parcelamento do solo mediante loteamento não estão sujeitas ao benefício instituído pela IN RFB nº 934/209, que "dispõe sobre o regime especial de tributação aplicável às incorporadoras imobiliárias e sobre o pagamento unificado de tributos aplicável às construções de unidades habitacionais contratadas no âmbito do Programa Minha Casa, Minha Vida".
>
> Receitas decorrentes de posterior incorporação realizadas no lotes resultantes do parcelamento (loteamento) podem ser beneficiadas pelo Regime Especial de Tributação (RET), previsto na IN RFB nº 934, de 2009, desde que atendidos os requisitos previsto na referida IN."
>
> DISPOSITIVOS LEGAIS: Lei nº 4.591/64; Lei nº 6.015/73 (arts. 167, I, "17" e "19" e arts. 182 a 216); Lei nº 6.799/79 (art. 2º); Lei nº 11.977/2009 (art. 1º e 4º; §1º); Decreto nº 6.962/2009 (art. 2º); IN RFB

Para efeito de determinar o direito ao benefício da alíquota reduzida de 1% relativa ao RET aplicável aos projetos de incorporação de imóveis destinados às construções de imóveis residenciais até o valor de R$ 100.000,00, no âmbito do MCMV, a Solução de Consulta DESIT/SRRF10 nº 45/2013[18] ensina que deve ser computado no valor destas unidades a importância correspondente ao terreno e às partes comuns.

Por fim, vale dizer que a venda de lotes em loteamentos, a alíquota segue a regra geral. Mas no caso de venda de unidade imobiliária, o valor deste terreno de incorpora ao custo global de construção, ainda que originário de um loteamento, portanto, cabível o RET.

3 CONCLUSÃO

A carga tributária brasileira é cerca de 19% da receita bruta na opção pelo lucro presumido, segundo o professor AMARO[19], ela tende a ser uma das maiores do mundo no setor da construção civil. E o mestre tributarista justifica o planejamento tributário citando IVES GANDRA:

> "Noutras palavras, não configura prática ilegítima aquilo que se costuma denominar planejamento tributário. Ives Gandra da Silva Martins, além de endossar a licitude do planejamento tributário, procura justificá-lo, numa visão axiológica, como uma reação do indivíduo diante da excessiva carga tributária e da "injustiça intrínseca" que esta acarreta. "

Conforme apresentado no presente artigo, o setor de serviços da construção civil onde se contrata empreitada com fornecimento de materiais, a carga tributária pode variar entre 10,43% a 11,20% da Receita Bruta. E nos contratos de execução de obras sem materiais e com faturamento dos materiais direto para o cliente, a carga varia de 15,83% a 19%.

Deve-se lembrar quem em se tratando de imóveis construídos no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, o setor imobiliário passou a verificar uma tributação menor com o implemento da redução de alíquota – RET (Regime Especial de Tributação). Resta a pagar, todavia, os demais tributos incidentes nos custos tributários e construtivos: ITBI, IPTU, IPVA, IOF, CONTRIBUICAO SIDICAL, taxas etc.

Com a inovação do SIMPLES, empresas de pequeno porte em geral conseguiram se estabilizar no mercado, dado o recolhimento simplificado de tributos com o imposto único, variando na alíquota de 4,50% a 16,85% da Receita Bruta variante entre R$ 180.000,00 a R$ 3.600.000,00 anualmente.

O fato é que o exagerado volume de informações dificulta o trabalho das empresas de construção civil que, em tese, pouco delas possuem um profissional especialista em tributos para planejar tributariamente tais custos. O importante é que a evolução jurídica no mundo empresarial tem passado a incluir os custos tributários

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no orçamento da obra, seja para analisar a viabilidade de um empreendimento, seja para ampliar seu mercado de concorrência.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 18 ed. São Paulo: Ed. Saraiva: 2012;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil;

BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**;

BRASIL. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1981. Dispõe sobre o Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências;

BRASIL. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro**;

BRASIL. Lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei do Simples Nacional)**.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.199.964/SP;

HAUBERT, Mariana; URIBE, Gustavo. Dilma sanciona lei que eleva Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 março 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1751359-dilma-sanciona-lei-que-eleva-imposto-de-renha-sobre-ganho-de-capital.shtml>;

MARTINEZ, Antonio Lopo. **A Linguagem Contábil no Direito Tributário**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, 2002;

MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord. **"IPTU", in Comentários ao Código Tributário Nacional**. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 1998;

PAULSEN, Leandro. **DIREITO TRIBUTÁRIO CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO**. 14 ed. Porto Alegre: 2012;

RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 57, de 08 de outubro de 2010. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=58055>;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 45, de 12 de junho de 2013. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=44143>

RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 33, de 03 de fevereiro de 2014. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=34540>;

RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 971 de 13 de novembro de 2009. Secretaria da Fazenda Nacional;

RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.435 de 30 de dezembro de 2013. Secretaria da Fazenda Nacional;

RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.470 de 30 de maio de 2014. Secretaria da Fazenda Nacional;

RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.700 de 14 de março de 2017. Secretaria da Fazenda Nacional.

NOTAS:

[1] MARTINEZ, Antonio Lopo. **A Linguagem Contábil no Direito Tributário**. 2002. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica. São Paulo, São Paulo. P. 39

[2] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil

[3] PAULSEN, Leandro. **DIREITO TRIBUTÁRIO CONSTITUIÇÃO E CÓDIGO TRIBUTÁRIO**. 14 ed. Porto Alegre: 2012. p.

[4] BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.199.964/SP.

[5] BRASIL. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional.**

[6] MARTINS, Ives Gandra da Silva, coord. "IPTU", in "Comentários ao Código Tributário Nacional", coordenador Ives Gandra da Silva Martins. 1 vol. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2443.)

[7] BRASIL. Lei complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei do Simples Nacional)**.

[8] BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Dispõe sobre o Código Civil Brasileiro**.

[9] RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 971 de 13 de novembro de 2009. Secretaria da Fazenda Nacional

[10] BRASIL. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1981. Dispõe sobre o Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.

[11] RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.700 de 14 de março de 2017. Secretaria da Fazenda Nacional.

[12] HAUBERT, Mariana; URIBE, Gustavo. Dilma sanciona lei que eleva Imposto de Renda sobre Ganho de Capital. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 março 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1751359-dilma-sanciona-lei-que-eleva-imposto-de-renha-sobre-ganho-de-capital.shtml>

[13] BRASIL. Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004.

[14] RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.435 de 30 de dezembro de 2013. Secretaria da Fazenda Nacional.

[15] RECEITA FEDERAL. Instrução Normativa nº 1.470 de 30 de maio de 2014. Secretaria da Fazenda Nacional.

[16] RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 33, de 03 de fevereiro de 2014. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/anexoOutros.action?idArquivoBinario=34540>. Acesso em 28/10/2020.

[17] RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 57, de 08 de outubro de 2010. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=58055>. Acesso em 28/10/2020.

[18] RECEITA FEDERAL. Coordenação Geral de Tributação. Solução de Consulta nº 45, de 12 de junho de 2013. Disponível em < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=44143>. Acesso em 28/10/2020.

[19] AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 18 ed. São Paulo: Ed. Saraiva: 2012. P. 646

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: A TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA COMO ALTERNATIVA DE RESGUARDO AO DIREITO À SAÚDE

ISIS DE OLIVEIRA FREIRE:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus.

RESUMO: O presente artigo científico tem como intuito demonstrar a relevância do direito fundamental à saúde, bem como analisar o fenômeno da judicialização da saúde no âmbito jurídico, junto ao instituto processual da tutela provisória de urgência, o qual vem se destacando notoriamente por ser uma ferramenta de aplicabilidade nas demandas que versam sobre direito à saúde, em especial nas ações que pleiteiam concessão de medicamentos ou tratamento médico pelo Poder Judiciário, mediante entendimentos jurisprudenciais e doutrinários. Para tanto, adota-se a metodologia dedutiva e bibliográfica. Assim, do estudo em tela propõe-se obter melhor entendimento sobre a efetividade da tutela de urgência nas ações pertinentes a saúde e a justificativa de sua eclosão no cenário atual.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Judicialização da Saúde. Tutela Provisória de Urgência.

ABSTRACT: The purpose of this scientific article is to demonstrate the relevance of the fundamental right to health, as well as to analyze the phenomenon of the judicialization of health in the legal sphere, together with the procedural institute of emergency provisional tutelage, which has stood out notoriously for being a tool for applicability in demands that deal with the right to health, especially in actions that claim the granting of medicines or medical treatment by the Judiciary, through jurisprudential and doctrinal understandings. For that, the deductive and bibliographic methodology is adopted. Thus, from the study on screen, it is proposed to obtain a better understanding of the effectiveness of urgent protection in actions relevant to health and the justification for its emergence in the current scenario.

KEYWORDS: Right to Health. Judicialization of Health. Provisional Urgent Care.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO – 2. FUNDAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE; 3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL; 4. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA; 4.1 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA (SATISFATIVA); 4.2 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR (CONSERVATIVA); 5. EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE; 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com o presente estudo, propõe-se discorrer acerca do direito fundamental à saúde, sua judicialização, bem como o papel das tutelas de urgência no respectivo cenário atual. Assunto esse que vem tornando-se objeto de debate exponencial no âmbito jurídico, em razão do crescimento vertiginoso na quantidade de demandas nos órgãos jurisdicionais, litigando a concessão de fármacos, insumos, e tratamentos médicos por meio do instituto da tutela provisória de urgência antecipada.

O direito à saúde é um dos direitos sociais fundamentais arrolados no caput do art. 6º da Constituição Federal de 1988, sendo, portanto, um direito constitucional de todo cidadão e dever do Estado. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão, pois, o que está sendo demandado é um direito à vida.

No corpo social brasileiro, é expressiva a parcela dos cidadãos que não dispõem de orçamento financeiro para arcar com os altos custos de medicamentos e tratamentos médicos, restando-lhes procurar assistência junto aos entes públicos para disposição de tais demandas a título gratuito. Todavia, muitas das vezes sem sucesso, particularmente quanto aos medicamentos e tratamentos mais onerosos e assim, como última alternativa buscam ajuda no Poder Judiciário para resguardo de seus direitos, amparados na tese constitucional preliminarmente, bem como instruídos com a ferramenta das tutelas de urgência, objetivando atingirem seus intentos de forma célere.

Neste sentido, o tópico (2) deste artigo apresentará sucinta definição acerca do direito fundamental à saúde, sua fundamentação constitucional, aplicação e solidariedade dos entes federativos, na sequência o tópico (3) abordará sobre o fenômeno da judicialização da saúde no cenário atual, o desdobramento que o item (4) irá tratar o que é a tutela provisória de urgência e evidência, bem como, seu conceito e execução nos processos judiciais, sendo dividida em tutela de urgência cautelar (4.1) e tutela de urgência antecipada (4.2), por fim o item (5) apresentará a efetividade da tutela de urgência na judicialização da saúde.

No quadro atual, quando se trata de saúde, a urgência faz-se irrefutável, tendo em vista que quanto mais se prolonga o início de um tratamento de saúde, mais o quadro clínico do paciente poderá se agravar, ocasionando em danos irreversíveis. Vale frisar que nessa circunstância, o papel da tutela de urgência, suscitou um avanço legislativo, em razão de antecipar a concretização do direito à saúde.

Assim, a pesquisa exemplifica um estudo sobre a teoria e prática da Judicialização da Saúde junto ao instituto da Tutela Provisória de Urgência como uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

alternativa de resguardo ao Direito à Saúde, com o propósito de demonstrar a efetividade dessa ferramenta nas demandas concernentes ao referido tema.

2. FUNDAMENTOS SOBRE O DIREITO À SAÚDE

Com o advento da Constituição Federal de 1988, fora assegurado aos cidadãos brasileiros, um extenso rol de direitos fundamentais, dentre esses, o direito à saúde. Portanto, "os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. (SANTOS, 2017).

Desse modo, o direito à saúde significa dizer como sendo um direito social prestacional por parte de agentes públicos, tendo como propósito resguardar a pessoa humana numa situação de progresso social, mental e bem-estar desprendido de problemas físicos e psíquicos. Nessa concepção, a Carta Magna de 1988, no seu art. 6º, determina como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância.

Outrossim, o texto constitucional destinou aos indivíduos e ao Estado a responsabilidade de cautela com a saúde, no entanto, o supramencionado direito encontra-se disposto no artigo 196 da Constituição Federal De 1988, onde se sistematiza que:

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Sobre o tema, leciona Bulos (2018, p. 1592), a Constituição Federal de 1988 foi a primeira na história, a trazer o direito a saúde como sendo um direito fundamental, ao passo que a vida humana foi entendida pelos constituintes como um bem soberano.

Isto posto, o direito à saúde, é compreendido à categoria dos direitos fundamentais, em virtude de sua conexão com o direito à vida e à existência digna, demonstra um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, devendo o Estado proporcionar condições de vida melhor, pois, sabe-se que é de sua responsabilidade promover atividades em benefício da sociedade. (OLIVEIRA; KASZNAR, 2017)

Neste contexto, a Lei nº 8.080/1990, referente aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, versa que o Estado tem o condão de garantir a saúde mediante políticas sociais e econômicas, que ateste o acesso coletivo e igualitário

para a sua preservação, recuperação e promoção, de modo que é um direito fundamental inerente a todo indivíduo, "devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício". (BRASIL, 1990).

Sobre a temática colocada, a Constituição Federal, retrata em seu art. 198, sobre os serviços públicos de saúde, implantado em um sistema único e estruturado, com fundamento nas seguintes instruções: "descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e participação da comunidade". (BRASIL, 1988).

Ademais, introduz a competência comum dos entes federativos no financiamento do sistema único de saúde, sendo competente a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, consoante o parágrafo único do artigo citado.

Em suma, que pese o direito à saúde estar consagrado na norma constitucional de 1988 como direito de todo cidadão brasileiro e dever do Estado suprir a respectiva demanda, visto que o sistema de saúde encontra-se em condições precárias, uma vez que a demanda por esse benefício é alta e os recursos são limitados, sendo nítida a insatisfação da população com os serviços prestados pelo poder público.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

A temática da saúde, sua proteção e principalmente promoção, vem alcançando destaques cada vez maiores dentro da esfera do Poder Judiciário, em virtude de não ser suficiente apenas as normas regulatórias constitucionais que assegurem a proteção da saúde a coletividade. Assim, faz-se necessário, muitas vezes a intervenção do Judiciário para preservação e obtenção desses direitos, em razão da omissão do Poder Público em implementar políticas que forneçam condições básicas aos cidadãos. Nesse passo, explica Letícia Elias:

> O direito à saúde faz parte do mínimo existencial, o Estado de modo positivo, deve garantir as condições mínimas de saúde às pessoas, de modo a torná-lo efetivo. No entanto, essa prestação do atendimento à saúde não ocorre de forma voluntária pelo Estado, razão pela qual, as pessoas mais necessitadas precisam recorrer ao Poder Judiciário, a fim de concretizar o direito á saúde, haja vista que o meio judicial acaba por ser a única alternativa para a satisfação desse direito. (ELIAS, 2019, p. 29)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Estando o direito a saúde consagrado na Carta Magna de 1988, e o Estado incumbido de ser garantidor de tais direitos em prol da sociedade, acontece que nos dias atuais o fornecimento de fármacos, insumos, consultas e tratamentos médicos não é de acessibilidade coletiva, carecendo de uma política pública mais efetiva. Posto isso, Paranhos, elucida:

> Diante da deficiência do Estado em disponibilizar à sociedade um serviço público de saúde pleno, deve o interessado buscar no processo constitucionalizado a elaboração de provimentos judiciais, de forma a obrigar a Administração Pública a cumprir o dever que lhe foi imposto pela norma constitucional, visando alcançar o mesmo resultado prático que decorreria do adimplemento, se eficientes as políticas públicas voltadas para esse fim (PARANHOS, 2007, p. 171).

Advém que, com as dificuldades encontradas para efetivação do direito à saúde, as pessoas que necessitam de atendimento estão recorrendo cada vez mais às ações judiciais, e consequentemente inchando os tribunais com demandas concernentes ao referido direito. Portanto, Mapelli afirma que:

> Judicialização da Saúde é um termo atualmente utilizado para nomear decisões proferidas pelo Poder Judiciário, que determinam tratamentos, procedimentos terapêuticos ambulatoriais e hospitalares, internações, fornecimento de medicamentos, insumos e outros produtos de interesse da saúde, bem como criam obrigações legais acerca do cumprimento de demais medidas administrativas dentro do sistema de saúde, por meio de tutelas de urgência, representa também o incremento gradual e significativo de ações judiciais, em decorrência do descumprimento de acordos previstos nas políticas públicas de saúde. (MAPELLI, 2017).

Por outro lado, é imprescindível a aplicação de princípios que delimitem a atuação do Poder Judiciário, com o intuito de que as pretensões da sociedade sejam contempladas, todavia em harmonia com a capacidade que o Estado detém de satisfazer essas necessidades.

Nesse sentido, é prudente destacar o princípio da Reserva do Possível, o qual se refere à razoabilidade do requerimento, em outras palavras, significa dizer, que as necessidades do indivíduo e as imposições pelas atitudes do Estado estão

subordinadas a capacidade financeira da qual o governo possui, para fornecer os serviços que lhe são incumbidos. Acerca do referido princípio Mânica, alega que:

> No Brasil, o princípio da Reserva do Possível é aplicado no sentido de se verificar o que é economicamente possível ao Estado fornecer ao indivíduo. Há prevalência do sentido econômico quando avaliada a razoabilidade da pretensão, tendo em vista a escassez de recursos públicos destinada à implementação de políticas públicas suficientes para satisfazer às necessidades da sociedade brasileira. (MÂNICA, 2008, pg. 100)

Ademais, no que diz respeito a responsabilidade do Estado de assegurar o acesso à saúde, Rocha menciona que:

> Os Estados podem não dispor de recursos financeiros suficientes para adotar políticas públicas concernentes à saúde necessárias, a fim de garantir plena e integralmente os direitos sociais relacionados a este conteúdo. Mas o cidadão, em estado de penúria e necessidade incontornável e imediata, pode e deve pleitear, inclusive judicialmente, que esse seu direito seja assegurado por determinada medida estatal (ROCHA, 2005, p. 455).

Portanto, conforme exposto, o direito à saúde é uma garantia fundamental do cidadão por se tratar do direito à vida, nos moldes da Carta Constitucional de 1988. No entanto, ocorre que, o Estado não pode assegurar que tal benefício seja disponibilizado a todos, em virtude do grande gasto orçamentário e o abalo econômico com os mais diversos pleitos, assim, esse ente público ampara-se no argumento do princípio da reserva do possível.

Sob esse viés, o Estado poderia justificar a não implementação do direito à saúde, bem como dos demais direitos sociais, sob a justificativa da ausência de recursos financeiros. Aplicam-se, pois, ao caso, os seguintes precedentes:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL". VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). (STF – ADPF 45 DF, RELATOR: MINISTRO CELSO DE MELLO, JULGADO EM 29/03/2014)

Nas palavras do Ministro Relator no julgado supramencionado, o ente Estatal não pode se abster de prestar os serviços sociais fundamentais, em prol dos cidadãos, por se tratar de condições materiais mínimas de existência, do mesmo modo que, não pode se resguardar constantemente na norma da reserva do possível, com o intuito de se eximir do cumprimento de seus deveres constitucionais.

André da Silva Ordacgy (2007) aduz que as instituições públicas têm realizado considerações negativas quanto ao fenômeno da "judicialização da saúde", sob a contestação de que o Poder Judiciário interviria de forma inadequada, e tal atitude, acarretaria, posteriormente, na ineficácia total do sistema público de saúde, em função dos altos gastos orçamentários para com o cumprimento das decisões judiciais.

Nessa linha de raciocínio, a seguinte jurisprudência refere-se sobre o tema em questão:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. 1. O PODER JUDICIÁRIO, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, PODE DETERMINAR QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ADOTE MEDIDAS CONCRETAS, ASSECURATÓRIAS DE DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE RECONHECIDOS COMO ESSENCIAIS, COMO É O CASO DA SAÚDE, DEVER DO ESTADO, SEM QUE ISSO CONFIGURE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 2. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (STF – RE 762242 RJ,

RELATOR: MINISTRO DIAS TOFFOLI, DATA DE JULGAMENTO: 19/11/2013, PRIMEIRA TURMA)

Assim sendo, consoante entendimentos jurisprudenciais respaldados pela Constituição Federal, o Estado não pode se omitir de atribuições a ele incumbido, vez que tal atitude configuraria em descumprimento com a sociedade e o regimento constitucional.

Para tanto, havendo situação de inexecução por parte dos entes públicos está assegurado ao Poder Judiciário, mediante acionamento do sujeito que se sentir prejudicado, que o referido Poder possa então vir a intervir em questões públicas, determinando ao administrador público que viabilize o custeio de tratamento de saúde anteriormente negado.

Convém enaltecer, que a probabilidade de solicitar amparo pelo Judiciário, em decorrência de violação dos direitos e garantias constitucionais, encontra-se previsto no texto constitucional, propriamente em seu artigo 5º, XXXV que assim decide: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito". *(BRASIL, 1988).*

Destarte, de modo geral, a judicialização de políticas públicas, em especial as demandas concernentes à saúde, tem sido um fenômeno cada vez mais presente nos últimos anos, visivelmente através do desdobramento da atuação do Poder Judiciário na resolução de litígios que, a princípio, deveriam ser deferidas pelo Estado.

Ainda em relação ao crescimento dos casos de judicialização da saúde, um estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), declarou que nos anos de 2008 e 2017, o quantitativo de demandas judiciais referentes à saúde obteve um aumento de 130%, segundo dados catalogados na pesquisa "Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução". (CNJ, 2019).

Portanto, diante dos dados expostos, observa-se que a intensificação da atuação do Poder Judiciário perante ações de judicialização da saúde, se dá, em virtude da via judicial acabar por se tornar um recurso de obtenção dos direitos das partes que carecem de medicamentos, tratamentos médicos e demais pleitos vinculados à saúde, em tempo consideravelmente mais ágil, em virtude da morosidade na seara administrativa referente ao Estado.

4. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA

Tendo em vista, o delineado anteriormente sobre a frequente participação do Poder Judiciário em causas pertinentes à saúde, é imperioso destacar os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

instrumentos judiciais, pelas quais o operador do direito vale-se para uma provável obtenção de decisão judicial favorável ao seu cliente, mais precisamente o paciente que necessita do atendimento, fármaco, ou insumo.

Neste sentido, no âmbito judicial verifica-se o instituo da tutela provisória. Sobre o conteúdo ilustra Gonçalves (2017, p. 352), "as tutelas provisórias cumprem a função de dar maior efetividade ao processo". O autor afirma que "a tutela provisória garante e assegura o provimento final e permite uma melhor distribuição dos ônus da demora, possibilitando que o juiz conceda antes aquilo que só concederia ao final".

Sobre o tema leciona, Marcus Vinícius Rios Gonçalves, que:

> A expressão "tutela provisória" passou a expressar, na atual sistemática, um conjunto de tutelas diferenciadas, que podem ser postuladas nos processos de conhecimento e de execução, e que podem estar fundadas tanto na urgência quanto na evidência. (GONÇALVES, 2017, p. 436).

Dessa forma, o novo Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015 em vigor desde março de 2016, inova empregando a expressão tutela de urgência e evidência, conforme transcrição do art. 294: A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência. Sendo a tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada, e podendo ser concedida em caráter antecedente ou incidental. (BRASIL, 2015)

Em princípio, a tutela de urgência estabelece a presença dos requisitos que "evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", conforme impõe o art. 300 do CPC. (BRASIL, 2015).

E no que se refere, a tutela de evidência, esta, será "concedida independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo", conforme aduz o art. 311 do CPC. (BRASIL, 2015).

Neste caso, o presente artigo, aborda os fundamentos e requisitos para concessão da tutela de urgência, não só, por considerar que o referido instrumento judicial é o mais aplicado para as demandas de fármacos e tratamentos médicos, mas também, por se tratar da "antecipação dos efeitos da sentença, a fim de gerar menos morosidade e mais efetividade nos processos judiciais." (ELIAS, 2019, p. 39)

Neste ponto, faz-se necessário frisar que para uma provável concessão da tutela de urgência, a parte interessada deverá acionar o judiciário inicialmente, conforme entendimento do art. 141 do CPC: "o juiz decidirá o mérito nos limites

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito à lei exige iniciativa da parte." (BRASIL, 2015).

Por sua vez, a concessão e o cumprimento da tutela de urgência serão oferecidos sob a responsabilidade objetiva de seu favorecido arcar com os dispêndios ocasionados a parte contrária, havendo revisão ou cassação da decisão, bem como poderá o magistrado exigir caução para sua autorização, excetuado os casos de hipossuficiência atestada, para não ferir o princípio do acesso à justiça. (DIDIER, 2017).

Isto posto, pode-se afirmar que a autorização da tutela de urgência, tem o intuito de proteger um direito que encontra-se ameaçado, conferindo mais efetividade ao processo. O aludido instituto possui duas subespécies, a antecipada e a cautelar, conforme se verifica a seguir.

4.1 TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR (CONSERVATIVA)

É prudente afirmar que "a tutela cautelar, que é a outra subespécie da tutela provisória de urgência, possui um condão de caráter assecuratório, onde é resguardado um direito, de modo que não seja prejudicado com o decorrer do tempo." (ELIAS, 2019, p. 51).

De acordo com a Escola Brasileira de Direito:

> A tutela cautelar tem por objetivo preservar direitos, podendo ser antecedente/preparatória (antes do oferecimento do pedido principal) ou incidental (durante o trâmite do pedido principal), tendo em ambos casos por requisitos o *fumus boni juris* e o *periculum in mora.* (BRASILEIRA DE DIREITO, 2017).

Desta maneira, depreende-se que o instrumento em questão tem como escopo resguardar o direito material do requerente, no intuito de proteger bens, pessoas ou provas, sem que resolva o mérito da questão.

Por outro lado, como bem adverte Nejaim:

> Não obstante as semelhanças com a tutela antecipada, a tutela cautelar possui finalidade peculiar. Enquanto a tutela antecipada objetiva satisfazer faticamente o direito da parte, garantindo a utilidade do processo (ex: liberação imediata de um medicamento), a tutela cautelar busca assegurar uma futura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> satisfação do direito (ex: sequestro de bens, que não se justifica por si só). (NEJAIM, 2017, p. 15).

Dessa forma, é de se denotar acerca do entendimento retromencionado que o instituto da tutela de urgência cautelar destina-se prevenir uma ameaça de provável dano, enquanto a ferramenta antecipatória evita riscos na delonga processual.

A esse respeito, Gonçalves (2017, p. 354), disserta que "a tutela provisória cautelar não satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão do autor. O juiz não concede, já, o que só seria deferido ao final, mas determina providências de resguardo, proteção e preservação dos direitos em litígio".

4.2 TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPADA (SATISFATIVA)

A tutela provisória de urgência antecipada é definida como a antecipação do provimento jurisdicional fim, ou seja, da decisão do juízo referente ao caso posto em confronto. Assim, a tutela de urgência é considerada satisfativa quando para evitar um grave dano, confere ao autor provisoriamente a garantia imediata das vantagens de direito material para as quais se busca a tutela definitiva. (ALCÂNTARA, 2017).

Vale frisar que o instituto da "tutela provisória de urgência de natureza antecipada é a mais utilizada nas ações judiciais para a concessão de medicamentos e tratamentos médicos, sendo firmada pela jurisprudência, mostrando sua efetividade." (ELIAS, 2019, p. 44).

Posto isso, objetivando resguardar a integridade da vida do autor da ação, pode-se requerer junto ao Judiciário o pedido de antecipação de tutela, a qual possibilita que seja antecipado o gozo dos efeitos da tutela definitiva que se pretende e que se obteria apenas ao final do processo. Assim, o paciente terá início imediato ao tratamento pleiteado sem necessitar esperar todo o andamento processual.

5. EFETIVIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA NA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE

É notório a urgência nas demandas judiciais para a aquisição de consultas, tratamento médico, insumos e medicamentos, sendo frequente ao autor da ação padecer de alguma enfermidade que esteja prejudicando sua saúde, e como é sabido, os trâmites processuais costumam ser morosos, tornando-se um grave problema ao demandante da ação que não dispõe de tempo, pois seu quadro clínico poderá se agravar, resultando num óbito indesejado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A essa linha de raciocínio, André da Silva Ordacgy (2007), compreende que a nítida precariedade do sistema de saúde público brasileiro unido com o minguado fornecimento gratuito de remédios, muitos desses com alto custo, tem feito os cidadãos procurarem o auxílio, da tutela de urgência para a consumação do seu almejado tratamento médico, por intermédio de provimentos judiciais liminares.

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) soa nesse sentido:

> CONSTITUCIONAL. **DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REGISTRO NA ANVISA. NECESSIDADE COMPROVADA. LAUDO MÉDICO FAVORÁVEL. SENTENÇA REFORMADA.** [...] 3. NO CASO PRESENTE, O LAUDO PERICIAL ACOSTADO AOS AUTOS (ID. 15439497) AFIRMA QUE A PARTE AUTORA POSSUI DIAGNÓSTICO CONFIRMADO DE DISTROFIA MUSCULAR DE DUCHENNE (DMD), BEM COMO INDICA O USO DO MEDICAMENTO DENOMINADO TRANSLARNA (ATALLUERNO) COMO TRATAMENTO MÉDICO ADEQUADO AO CASO. [...] NO CASO, ESTE REQUISITO FOI DEVIDAMENTE CUMPRIDO, CONSIDERANDO QUE SE TRATA DE MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO, O QUE ATRAI A PRESUNÇÃO DA CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE. [...] 6. CONSIDERANDO A PRESENÇA DE PROVA INEQUÍVOCA E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL, RESTA CONFIGURADO, NA ESPÉCIE, OS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS **À ANTECIPAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, RAZÃO PELA QUAL DEVE SER DEFERIDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA PARA DETERMINAR O FORNECIMENTO DO MEDICAMENTO**, DE ACORDO COM RELATÓRIO MÉDICO/PRESCRIÇÃO. 7. **APELAÇÃO DA PARTE AUTORA PROVIDA E ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA RECURSAL DEFERIDA**. (AC 1004719-50.2018.4.01.3803, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO, TRF 1 – QUINTA TURMA, E-DJF1 23/04/2020 PAG.). (GRIFOU-SE).

Como bem analisado a transcrição da jurisprudência, a tutela de urgência de natureza antecipada, tem como propósito ser uma ferramenta mais célere dentro do processo, em especial nas demandas referentes à saúde, no caso em tela, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

requerente teve deferimento quanto ao medicamento pleiteado, iniciando seu tratamento clínico desde a concessão da liminar.

Outrossim, é fundamental a existência dos requisitos autorizadores para a concessão da tutela. Então, para comprovar a presença do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, uma das premissas é o laudo pericial médico corroborando a inviabilidade de substituição do medicamento pleiteado, por um disponibilizado pelo SUS.

Nesse seguimento, o Tribunal Regional Federal da 1ª região, entende:

> ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. FORNECIMENTO DE FÁRMACO. CÂNCER. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO DO SUS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA. [...] NO CASO EM ANÁLISE, A OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTE EM DETERMINAR À UNIÃO E AO ESTADO DE MINAS GERAIS QUE ADOTEM DE IMEDIATO TODAS AS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS NECESSÁRIAS AO CUSTEIO, EM CARÁTER DE URGÊNCIA, DO MEDICAMENTO ACETATO DE ABIRATERONA (ZYTIGA), NOS QUANTITATIVOS QUE SE FAÇAM NECESSÁRIOS, DE ACORDO COM A PRESCRIÇÃO MÉDICA, PARA SER MINISTRADA A CYRO RAMOS, E DETERMINAR À ASSOCIAÇÃO DE COMBATE AO CÂNCER DO BRASIL CENTRAL - HOSPITAL DOUTOR HÉLIO ANGOTTI, QUE RECEBA O VALOR CORRESPONDENTE E PROCEDA À AQUISIÇÃO DO REFERIDO FÁRMACO NOS QUANTITATIVOS QUE SE FAÇAM NECESSÁRIOS, DE ACORDO COM PRESCRIÇÃO MÉDICA, E ADOTE AS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS PARA MINISTRÁ-LO NO PACIENTE, POSTERIORMENTE PRESTANDO CONTAS, EM JUÍZO, DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS. [...] RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARA, REFORMANDO A SENTENÇA, JULGAR PROCEDENTES OS PEDIDOS FORMULADOS NA INICIAL. **DEFERIDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL CONSUBSTANCIADO NA MORTE DO PACIENTE.** (AC 0005781-53.2015.4.01.3802,

DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES, TRF1 - SEXTA TURMA, E-DJF1 12/05/2017 PAG.) (GRIFOU-SE).

Neste caso, na jurisprudência acima, trata-se de uma demanda em que o Autor necessita em caráter urgente do medicamento prescrito pelo médico, haja vista que a doença pode ser agravada num trâmite processual sem provocação da tutela, uma vez que o paciente acometido da moléstia corre risco de morte.

Ademais, em casos graves, pode-se citar como exemplo as demandas referentes a câncer. A tutela antecipada poderá ter alta possibilidade de salvar o paciente acometido da moléstia, fazendo com que o demandante dê início ao tratamento desde a sua concessão, sendo o caso da jurisprudência supramencionada.

Nesta senda, Gonçalves (2017, p. 353) esclarece que "a tutela de urgência de natureza antecipada satisfaz, no todo ou em parte, a pretensão formulada pelo autor, concedendo-lhe os efeitos ou consequências jurídicas que ele visou obter com o ajuizamento da ação".

Em razão de todo exposto, torna-se inevitável frisar que a tutela antecipada demonstra intensa eficácia na judicialização da saúde, em particular nas demandas que consistem na concessão de medicamentos ou tratamentos médicos, posto que o paciente não dispõe de tempo para aguardar todo desenrolar judicial, em virtude de sua enfermidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessarte, o Direito a Saúde é fundamental a todo cidadão e dever do Estado em oferecer, pois, o que está sendo demandado é um direito à vida, estando inserido no rol de direitos sociais da Constituição Federal de 1988, no entanto tal garantia não está sendo bem distribuída por parte dos agentes públicos, podendo ser constatado pela população o transtorno na aquisição de atendimento médico e insumos farmacêuticos reiteradamente, em virtude de um sistema de saúde deficitário, que não consegue concretizar a contento a proteção do Direito a Saúde.

Nesse sentindo, surge o fenômeno da judicialização da saúde caracterizado como a participação do Poder Judiciário em questões de saúde pertinentes ao Poder Público, tal atuação se dá por meio de decisões proferidas, as quais determinam tratamentos, procedimentos hospitalares, fornecimento de insumos e demais itens alusivos à saúde, bem como estabelecem obrigações legais para o devido cumprimento de medidas administrativas dentro do sistema de saúde. As

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consequências deste processo é a presença do Judiciário cada vez mais forte no âmbito da gestão em saúde.

No que diz respeito, a concessão da tutela provisória de urgência na judicialização da saúde esta vem se tornando ferramenta primordial para alcance dos pleitos antecipados pertencente à saúde, pois tratam-se de uma situação de urgência, assim tal instrumento tem caráter assecuratório de adiantar uma tutela definitiva, uma vez que o Autor/paciente terá início ao seu tratamento de modo mais célere, sem a necessidade de aguardar a morosidade processual.

No entanto, o Estado afirma não poder atender todas as liminares relativas à saúde, vez que as decisões favoráveis aumentam consideravelmente. Alegam que devem respeitar ao princípio da reserva do possível, bem como ao princípio da coletividade, no entanto o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, afirma que é incontestável que o direito a saúde do cidadão seja ignorado pelo Poder Público, em razão de estar interligado ao direito à vida, assim, as alegações sobre a reserva do possível, não pode ser um impedimento para concretização do direito à saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito processual civil esquematizado.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAPELLI, Reynaldo Júnior. **Judicialização da Saúde. Regime Jurídico do SUS e Intervenção na Administração Pública.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2017.

Novo Código de Processo Civil: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. 5ª.ed . Barueri: Manole, 2019.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de; KASZNAR, Karoly Istvan. **Saúde, Previdência e Assistência Social.** São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2017.

Associação Brasileira de Normas Técnicas. Formatação: Resumo das regras de formatação. 2019. Disponível em: https://normas-abnt.espm.br/index.php?title=Formata%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 25 mai. 2020.

ALCÂNTARA, Bruna. A tutela de urgência no Código de Processo Civil. **Site Âmbito Jurídico.** São Paulo, 01 ago. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-tutela-de-urgencia-no-codigo-de-processo-civil/. Acesso em: 04 maio 2020.

AZEVEDO, Flávia Faria Rezende Chagas. **A judicialização da saúde e as tutelas de urgência:** uma visão do plantão do Poder Judiciário. Orientador: Prof. Dr. José de Carvalho Noronha. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado Profissional em Justiça e Saúde, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, na Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019.

BRASÍLIA. **Acórdão n 1004719-50.2018.4.01.3803.** Desembargador Federal: Carlos Augusto Pires Brandão. Brasília, 15 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br> Acesso em: 25/04/2020.

BRASÍLIA. **Acórdão n 0005781-53.2015.4.01.3802.** Desembargador Federal: KASSIO NUNES MARQUES. Brasília, 12 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.trf1.jus.br> Acesso em: 25/04/2020.

DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 10 ed. Salvador. Ed Juspodivm. 2017. Disponível em: https://pt.slideshare.net/GlauberRON/didier-jr-fredie-curso-de-direitoprocessual-civil-ii2015. Acesso em: 04 mai. 2020.

ELIAS, Letícia Preve. **Judicialização da Saúde:** A tutela provisoria de urgência como instrumento de efetivação do direito a saúde. Orientador: Prof. Lester Marcantonio Camargo. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2019.Disponível: https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/7705/Monografia%2009-07%20%28vers%C3%A3o%20final%20-%20RIUNI%29.pdf?sequence=7&isAllowed. Acesso em: 04 maio 2020.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO, Tutela de urgência: tutela cautelar e tutela satisfativa. São Paulo, 2017. Disponível em: https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/469981857/tutela-de-urgencia-tutela-cautelar-e-tutela-satisfativa. Acesso em: 04 maio 2020.

MALLMANN, Eduarda. Direito à saúde e a responsabilidade do Estado. **Site Direito Net.** São Paulo, 31, out. 2012. Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7652/Direito-a-saude-e-a-responsabilidade-do-Estado. Acesso em 04 maio 2020.

MARCELLA, Lobo Arruda de Oliveira Santos. **Judicialização da Saúde:** o fornecimento de medicamentos de alto custo e a atuação do Poder Judiciário. Orientador: José Carlos Vasconcellos dos Reis. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

MARTINHO, Josué. Tutela provisória de urgência: uma breve análise de suas peculiaridades. **Site Âmbito Jurídico.** São Paulo, 01 maio. 2018. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/tutela-provisoria-de-urgencia-uma-breve-analise-de-suas-peculiaridades. Acesso em: 04 maio. 2020.

SAMARA, Tarsila da Silva Soares. **A Judicialização como estratégia de garantia do direito à saúde:** O acesso de uns em detrimento do direito de todos?.Orientadora: Profª. Drª. Maria Ilidiana Diniz. 2019. TCC (Graduação) – Curso de Serviço Social, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2019.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE – TUTELA DE URGÊNCIA. **Revista Páginas de Direito,** Porto Alegre, ano 14, nº 1131, 07 de maio de 2014. Disponivel em: https://luanmesan.jusbrasil.com.br/artigos/538870086/o-direito-a-saude-sob-tutela-de-urgencia-jurisprudencia-saudavel. Acesso em: 04 maio 2020.

TANGERINO, Luiza. A Tutela Provisória de Urgência de Natureza Cautelar. **Site JusBrasil.** São Paulo, 2017. Disponível em: atange.jusbrasil.com.br/artigos/462616045/a-tutela-provisoria-de-urgencia-de-natureza-cautelar. Acesso em: 04 maio 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REPARAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA RUPTURA E VIOLAÇÃO DOS DEVERES DO CASAMENTO

ISADORA PAIVA PASCARELLI:
Discente do Centro Universitário Luterano de Manaus no curso de Direito.

RESUMO: O presente artigo aborda acerca da reparação civil dos danos morais causado pela violação dos deveres no casamento e, desse modo, vem demonstrar a responsabilidade civil perpassando pelo conhecimento acerca da legislação, jurisprudência e doutrinação a valoração do dano em busca pelo reparo do sofrimento, dor, angústia e humilhação experimentado pela vítima, dos quais, versa a natureza jurídica e a objetivação do dano moral. A pesquisa configurou mediante a busca de esclarecer acerca ilícito civil o qual provoca lesão aos direitos personalíssimos do outro cônjuge, causando-lhe dor, sofrimento, humilhação, vexame, afronta, ultraje ou pela pratica de qualquer ato que ocasione prejuízos. O estudo se moldurou na pesquisa bibliográfica apresentando método dedutivo possuindo técnicas descritivas, explicativas, o qual, coletou mediante livros, artigos, revistas, dentre outros que retratam a temática. O referido estudo reconhece o fato que a lei impõe deveres e asseguram direitos no casamento para ambos os cônjuges (CC. art. 1566) e, assim na possibilidade de haver as violações de deveres no casamento, consequentemente, tende-se a responder pelo dano causado ao cônjuge conforme os rigores da lei assegurada mediante o Código Civil.

Palavras-Chaves: Dano Moral, Responsabilidade Civil, Reparação de Dano.

ABSTRACT: This article deals with the civil reparation of moral damages caused by the violation of duties in the marriage and, in this way, it demonstrates the civil responsibility passing through the knowledge about the legislation, jurisprudence and indoctrination to the valuation of the harm in search of the repair of suffering, pain , anguish and humiliation experienced by the victim, of which, it deals with the legal nature and objectification of moral damage. The research configured through the search to clarify about civil illicit which causes injury to the other spouse's very personal rights, causing him pain, suffering, humiliation, shame, outrage, outrage or by the practice of any act that causes harm. The study was framed in the bibliographic research presenting a deductive method using descriptive and explanatory techniques, which he collected through books, articles, magazines, among others that portray the theme. This study recognizes the fact that the law imposes duties and ensures rights in the marriage for both spouses (CC. Art. 1566) and, thus, in the possibility of violations of duties in the marriage, consequently, it tends to answer for

the damage caused to the spouse according to the rigors of the law ensured by the Civil Code.

Keywords: Moral Damage, Civil Liability, Damage Repair

INTRODUÇÃO

O presente estudo se consagra mediante a Constituição Federal de 1988 assim como pelo Código Civil e, que no ponto de vista científico, o tema vem se predominando nos últimos tempos para maiores estudos assim como disseminar acerca da violação dos deveres do cônjuge e, dessa forma, provocar danos afetivo-emocionais, psicológicos e, dentre outros.

Cientificamente o entendimento da doutrina na violação dos deveres do cônjuge predomina perpetrando como crime civil adotando realidade civil e fundamentando na culpabilidade social e, além da caracterização como responsabilidade civil, em princípio, também se torna uma questão de norma infraconstitucional.

Nesse momento é de grande relevância retratar o consenso na doutrina e na jurisprudência em relação ao dano moral como violação dos direitos de personalidade que são previstos em Código Civil e, desse modo, cabe a apreciação do fato verificando a conduta ilícita, dolosa ou culposa do causador do prejuízo moral, o qual, provocara o sofrimento e aborrecimentos na vida cotidiana.

É de grande relevância a conscientização da sociedade frente a violação dos deveres no casamento, uma vez que, podem ocasionar graves consequências afetivo-emocionais e psicológicos sendo necessário que sejam realizadas ações de minimização da questão social que assola nas famílias brasileiras, base da sociedade.

Destaca-se que a temática possui diretamente estímulos á proteção surgidas como medida de urgência, de modo, a assegurar as gerações futuras mais conscientes diante de suas responsabilidades civis no casamento.

Novamente, essa discussão adentra na aplicabilidade ao ente moral a esfera doutrinaria demonstrando responsabilização civil a ambos os cônjuges diante do âmbito jurídico e admitindo efetivo contexto de responsabilidade civil e, dessa forma, adotando medidas eficazes de minimização e proteção da sociedade.

Fundamentalmente o dano moral é considerado um prejuízo imaterial, no qual, afeta a saúde emocional, psíquica e afetiva da vítima, nesse sentido, o dano moral torna-se uma violação do direito possuindo responsabilidade civil mediante o dano moral atribui-se na conduta ilícita causada à uma determinada pessoa de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

extrema causando sofrimento e dor podendo levar a vítima ao desenvolvimento de diversas patologias, como depressão, síndromes, inibições, dentre outros.

A metodologia de estudo deu-se mediante a pesquisa bibliográfica apresentando métodos dedutivo possuindo técnicas descritivas e explicativas coletando por meio de livros, artigos científicos e acadêmicos, revistas, periódicos, dentre outros que retratam a temática possuindo caráter intrínseco em relação às condenações por danos moral concluindo-se, desse modo, o tema torna-se bastante tortuoso pelo julgador.

A importância social da temática refere-se a respeito da reparabilidade do dano moral do direito da família possuindo como principal fundamento os cônjuges não serem simplesmente titulares de direito patrimonial e extrapatrimoniais e, desse modo, possibilitando ao ordenamento jurídico permitir impunidade.

O estudo se apresenta mediante subtítulos associados á tema, no qual, o primeiro apresenta-se os fundamentos acerca do dano moral, em seguida, o item aborda a indenização entre cônjuges diante do direito brasileiro, por fim, a pesquisa expõe a respeito das indenizações diante da infidelidade conjugal, assim como, demonstra a necessidade do reconhecimento da responsabilidade civil presentes no ressarcimento do ato ilícito anexado pela causalidade e ocorrência do dano.

1. Conceituando acerca do Dano Moral

> Se a existência do direito à indenização por dano moral é, hoje, inquestionável, o mesmo não se pode dizer quanto ao seu conceito e à sua amplitude ou dimensão. A doutrina ainda não assentou, em bases sólidas, o conceito de dano moral. Em consequência, a jurisprudência se mostra vacilante no reconhecimento das situações em que se configura essa espécie de dano. Superando um conceito que se poderia denominar "negativo" ou "excludente, a doutrina se divide entre os que se identificam o dano moral com a "dor", em sentido amplo – ou, em geral, com alguma alteração negativa do estado anímico do indivíduo -, e os que vêem no dano moral a violação de bem, interesse ou direito integrante de determinada categoria jurídica. (ANDRADE, 2003 p.143)

Fundamentalmente, o dano moral relata as lesões existente de bens considerar-se a configuração do dano moral como perda do equilíbrio entre o ofensor e o ofendido e, estas, estão sujeitas à reparação necessitando exames sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o bem atingido, ressaltando ainda que, não recai o dano que não possua relevância, mesmo que exista um conceito abstrato sobre o mesmo e, dessa forma, a pessoa humana se encontra na esfera da responsabilidade civil por danos morais. Nesse sentido, as dificuldades temáticas acerca dos danos morais em alicerces sólidos, foram durante grande tempo, a real necessidade de se conceituar o dano, sendo que seu conceito sempre esteve ligado à diminuição, desvantagem e supressão.

Desse modo, Franco (2008 p.18 apud Gonçalves, 2007) que "o dano moral atinge o sujeito como pessoa, sem ofender o seu patrimônio material, no qual, destaca que a lesão recai especificamente sobre os direitos da personalidade"

Entende-se que a doutrina sinaliza que o dano moral é toda e qualquer ofensa que atinja a exclusividade do patrimônio ideal, ou seja, fere os valores internos e anímicos da vítima sem reflexo ao patrimônio material e, nesse sentido, exemplifica-se esses casos como ferir a honra, a dignidade, a intimidade, a imagem, o bom nome, dentre outros que provoque dor, sofrimento, tristeza, vexame, humilhação, etc...

Exprime-se assim que o reconhecimento do dano moral não pode mesmo levar em conta a natureza ou a índole do direito subjetivo atingido, mas o que se considera realmente é o interesse tangenciado por conta do ato ilícito praticado, ou seja, é o efeito ou o caráter da lesão jurídica sobre a vítima que irá classificar o dano como patrimonial ou moral. Não fosse assim, teríamos que afastar a realidade do dano moral resultante do ataque a um bem material ou mesmo a ocorrência do chamado dano patrimonial indireto, que nada mais é do que o reflexo material decorrente da ofensa ao patrimônio ideal ou extrapatrimonial. (FRANCO, 2008 p.20)

Portanto, o que é alcançado é entendido como bem material e o desdobramento resulta em perdas patrimoniais e extrapatrimoniais sendo assim o inverso ocorre quando a agressão for direcionada à moral do ofendido e, desse modo, gera os efeitos como ressentimentos pelas perdas.

Em relação às espécies do Dano Moral, Franco (2008 p.25) ressalta que "o dano moral direto configura diante do bem jurídico extrapatrimonial e o dano moral indireto que corresponde á lesão dos bens jurídicos patrimoniais".

O dano moral direto é, em outras palavras, como já foi dito, os danos referentes a ofensas violando os direitos de personalidade da vítima assim como violação diante dos atributos da pessoa comprometendo a dignidade da pessoa humana. O dano moral indireto é correspondido as lesões relacionados ao bem patrimoniais e não patrimoniais da vítima, ou seja, a violação é relativo não somente aos danos emocionais, afetivos e psicológicos como prejuízos ao bem material da vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2. Indenização entre Cônjuges do Direito Brasileiro

Neste capítulo demonstraremos, portanto, a possibilidade de haver a indenização por danos morais onde as partes figurantes têm prerrogativas especiais, a de serem cônjuges. Em matéria processual a primeira das condições da ação é a possibilidade jurídica do pedido, isto é, o pedido da tutela jurisdicional deverá ter por objeto uma pretensão, um interesse que legalmente mereça aquela tutela, porque é assegurado e previsto em lei. A exemplo do divórcio, o cônjuge antes de sua admissibilidade na legislação brasileira, não podia propor a competente ação, embora reunisse as demais condições que credenciava a requerer a tutela jurisdicional, porque tal pretensão não encontrava guarida na lei.

Na possibilidade jurídica do pedido de indenização por danos morais entre cônjuges no direito brasileiro, temos que mencionar os três requisitos do prejuízo, o ato culposo do agente, o nexo causal entre o referido ato e o resultado lesivo. (C.C, art. 159). E em princípio, o autor para obter ganho de causa no pleito indenizatório tem o ônus de provar a ocorrência dos três requisitos supra (CPC, art. 373, I).

Em nosso ordenamento jurídico, todos estão subordinados à Lei que impõe sua força de ação, onde até mesmo aquele que a ignore ou não possua seu entendimento completo como os incapazes, estará sujeito a seus efeitos. O dano moral que conceituado aqui é, portanto aquele que atinge o ser humano em seu íntimo de forma ilícita ou antijurídica, lhe causando prejuízos morais e psicológicos através de lesões físicas ou puramente psíquicas, bem como àqueles que dependem de forma direta ou indireta do lesado ou com este tenha ligação afetiva. Discute-se nesta pesquisa se o pedido de indenização por danos morais entre cônjuges é admitido no direito objetivo, se este pedido encontra amparo na legislação e se poderemos invocar ou não a tutela jurisdicional do Estado.

> Desta forma, por ser o dano um pressuposto da responsabilidade civil, aquele que deu causa terá o dever de repará-lo, conforme nos leciona o artigo 186 do Código Civil Brasileiro, in verbis: 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. No mesmo sentido, prevê o artigo 927 do referido diploma legal: Art. 927. "Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo". (OLIVEIRA, 2010 p.37)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, evidencia-se os efeitos de dor, angustia, sofrimento, tristeza, desprestígio, constrangimento moral, dentre outros, são exemplos de danos morais com prejuízos que afeta os valores morais, a dignidade, o estado emocional, psíquico e afetivo da vitima configurada dentro dos direitos de personalidade, ou seja, afeta o interesse do patrimônio da vitima que, consiste na perda sendo, desse modo, suscetível á avaliação e indenização pelo responsável.

A admissibilidade das indenizações decorrentes dos danos materiais ou morais são reconhecidos pela CF/88, conforme apresenta-se abaixo:

> 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, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O posicionamento das indenizações decorre dos danos sendo, portanto, cumuláveis às indenizações por danos oriundos da violação dos deveres e direitos no casamento, portanto, a concessão dos danos morais envolve a dissolução da sociedade conjugal decorrente da violação dos deveres conjugais.

3. Reparações Frente à Infidelidade Conjugal

> Danos não patrimoniais, que nem todos admitem como sinônimos de danos morais, são, portanto, aqueles cuja valoração não tem uma base de equivalência que caracteriza os danos patrimoniais. Por isso mesmo, são danos de difícil avaliação pecuniária. Por sua natureza, os danos psíquicos, da alma, de afeição, da personalidade são heterogêneos e não podem ser generalizados. (VARGAS, 2004 p.30 apud VENOSA, 2003 p.205)

Nessas condições a indenização por danos morais deve representar uma punição ao infrator objetivando a desestimulá-lo a reincidir na prática do ilícito, desse modo, mede-se a indenização pela extensão do dano moral, pelo abatimento psicológico sofrido, sem deixar pontificar o enriquecimento ilícito, mas observando as condições sociais e econômicas das partes envolvidas. Assim, a indenização deve propiciar ao ofendido uma compensação pelo desgosto, pelo sofrimento, pelo vexame, ao mesmo tempo em que representa uma sanção ao culpado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A questão da reparação dos danos morais esbarrou com diversas controvérsias, a respeito da sua terminologia. Afinal, a ideia de dano envolve na teoria da responsabilidade civil o conceito de reposição. Todavia, no caso dos danos extrapatrimoniais nada há para reparar, isto porque não há como repor ao status quo ante os bens subjetivos. Por isto, na ótica dos opositores da tese positivista, ou para aqueles que não aceitam a composição dos danos morais, a inexatidão terminológica conduz a impossibilidade do ressarcimento dos danos imateriais. (VARGAS, 2004 p.31 apud REIS, 1998 p.59)

No que se refere a doutrina, jurisprudência e legislação frente ao dano moral dar-se-á pelo delineamento definitivo do tema, sendo inquestionável, que a natureza moral consiste diante da dor, da angústia, da aflição física ou espiritual, pela humilhação e, amplamente se confere nos resultados em situações análogas constituindo a natureza danosa, ou seja, danos extrapatrimoniais.

A reparabilidade do dano moral se pacificou na ordem constitucional brasileira com o advento da Constituição federal de 1988, que prevê expressamente indenizações por dano moral em seu art. 5º., V e X, trilha seguida, inclusive, pelo Código Civil brasileiro, que no que concerne ao casamento, dispõe em seu artigo 1566, inciso I que, são deveres de ambos os cônjuges, entre outros, a fidelidade recíproca. Dispõe ainda em seu artigo 1724, no que tange à união estável que, segundo Dias, (2010, p.69-71):

> "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos". Entretanto, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 3º, regulamentado pela Lei 9.278 de 1996, artigo 1º, bem como toda a doutrina dominante, equipara a união estável e o casamento em vários aspectos, entre eles ao dever de fidelidade ali expressa, no vocábulo "lealdade".

Desta forma, possível o ressarcimento dos danos morais, materiais ou estéticos advindos do ato ilícito comprovado. A ação indenizatória deve ser proposta no juízo cível.

Porém, inclina-se a doutrina a sustentar que, se tais posturas, ostentadas de maneira pública, comprometeram a reputação, a imagem e a dignidade do par, cabe à indenização por danos morais, no entanto é necessária a comprovação dos elementos caracterizados da culpa – dano, culpa e nexo de causalidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse obstante, é incontestável é que a vida é muito mais dinâmica que o direito, e que o mero cumprimento dos deveres advindos de lei, como os previstos nos incisos I (fidelidade recíproca) e II (vida em comum, no domicílio conjugal) do art. 1566 do Código Civil, perderam em espaço frente à questão da afetividade. Ainda que o casamento goze de "grande proteção" como forma de constituição da família, seja por parte de instituições religiosas ou até mesmo pelo Estado, face aos "obstáculos" oferecidos para impedir sua dissolução, desnecessário ressaltar que legislação alguma estenderá aos cônjuges a garantia do afeto necessário à manutenção do casamento. (FERREIRA e ALVARENGA, 2013 p.61)

Em outras palavras, a vida é dinâmica e com a evolução da sociedade, no qual, associa-se a interligação com o rompimento dos dogmas e tabus, desse modo, ocorre as transformações diversas em sociedade resultando em produzir mudanças promulgadas pelas emendas constitucionais, no caso, a Emenda Constitucional nº66/2010 que institui o divorcio que, no Brasil, sua introdução foi permeada pela resistência e varias derrotas legislativas.

Mediante exposição de Ferreira e Alvarenga (2013 p.63 apud Dias, 2012 p.27) "toda a teoria da culpa diante do decreto do fim do casamento esvaiu-se não sendo mais possível trazer ao âmbito da justiça qualquer controvérsia acerca da postura dos cônjuges durante o casamento".

Assim torna-se público que a Emenda Constitucional nº66/2010 que, o descumprimento dos deveres conjugais que são dispostos no art.15665 do Código Civil, como por exemplo, a fidelidade reciproca, no qual, busca a separação e impondo ao outro a culpa pelo termino da sociedade conjugal e, ressalta-se, então que, a questão da fidelidade, é tratada como um direito não exequível, portanto desprezada pela jurisprudência atual a identificação do culpado que transgrediu tal dever e, mediante a nova roupagem que EC/66 traz ao divórcio, avolumou em significado, no âmbito do direito de família, a possibilidade de se pedir reparação de danos, nas hipóteses em que o dever de fidelidade violado por um dos cônjuges tenha atingido o ânimo psíquico, moral e intelectual do outro que lhe subsista o direito de pleitear a devida indenização e, desse modo, não se cogita admitir como vetores interligados a infidelidade conjugal e direito a reparação por danos morais do cônjuge enganado. A reparação só tem lugar, como se verá, em situações excepcionais e extremadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo a indenização por danos morais entre cônjuges, juridicamente, é possível, pois a compensação dos danos morais possui natureza jurídica e finalidade diante da função dúplice entendida como um dever punitivo

para o ofensor e compensatório ao ofendido e, sobre tudo, uma resposta á sociedade promovendo a segurança não somente social como emocional, afetiva e psíquica frente aos processos judiciai e assim garantindo os direitos e deveres num casamento.

Diante do art. 5 da Constituição Federal é garantido a indenização por danos seja materiais, morais e à imagem e, desse modo, possibilita-se o processo indenizatório, no qual, a maioria dos casos conferem ao ataque à honra do cônjuge obtendo amparo, pois são invioláveis o direito a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem e, assim, os danos morais decorrem da violação desses direitos garantidos pela CF/88.

A possibilidade jurídica da indenização por danos morais dar-se-á por meio de ofensa à dignidade do cônjuge constituindo assim o dano moral cabendo indenizar o culpado.

A indenização diante da incidência da infidelidade conjugal cabe o embasamento de condenação do cônjuge infrator e, consequentemente indenização por danos morais, devido, a produção de culpa tanto conjugal quanto civil gerando o dano, ou seja, a pratica da infidelidade conjugal desrespeita o art.1566 do I Código Civil e, dessa maneira, impõe a fidelidade reciprocamente entre os cônjuges.

REFERENCIAS

_____ Constituição Federal: Promulgada em 05 de outubro de 1988.21. ed. São Paulo.

ANDRADE. André Gustavo C. de. Revista da Emerj. **A Evolução do Conceito de Dano Moral**. vol.6. n.24. pp.143-175. Rio de Janeiro: Emerj, 2003. Acesso em 28.09.2020 disponível em https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_143.pdf

Bell, Judith. **Projeto de Pesquisa: Guia para Pesquisadores Iniciantes em Educação, Saúde e Ciências Sociais**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

BOOTH, Wayne C.; COLOMB, Gregory; WILLIAMS, Joseph. **A Arte da pesquisa**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Código Civil. 1.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Separações Conjugais e Divórcio**. Editora: RT, 8ª ed., 2010, p.953.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.29.

DIAS, Maria Berenice. **Divórcio Já! Comentários à Emenda Constitucional.** 66 de 13 de julho de 2010. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 69-71.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. Editora: Saraiva. 1995, p.275 a 280.

FERREIRA. Flávia Tereza da Silva; ALVARENGA. Altair Resende de. Revista Curso de Direito. **A Possibilidade de Indenização por Danos Morais em Face da Infidelidade Conjugal**. vol.4. n.1. pp.58-72. Formiga: UNIFOR, 2013. Acesso em 28.09.2020 disponível em https://periodicos.unifor.br/

FINCATO, Denise Pires. **A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: Do Projeto de Pesquisa à Banca**. Porto Alegre: Notadez, 2008.

FRANCO. Júlio Cesar Silva de Mendonça. Universidade Estadual Paulista. **Danos Morais: Compensabilidade e Quantificação**. Monografia apresentada ao curso de Direito. Franca: UEP, 2008. Acesso em 28.09.2020 disponível http://livros01.livrosgratis.com.br/cp069507.pdf

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JURISPRUDÊNCIA. RT nºs 653/98; 594/106; 676/94; 652/68; 656/87; (Ap. nº 596151357, 7ª CCv. do TJRGS, Rel. Des. Paulo Heerdt, j. 11.12.96, un.); (Ap. nº 294090485, 3ª CCr. TARGS, Rel. Sylvio Baptista Neto, 25.04.95); RT 614/68; 609/71; 606/108 e 596/105.

MADALENO, Rolf. **Divórcio e Dano Moral**. Revista do Direito de Família 01, nº02, 1999, p.60-5.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia Científica**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 116.

OLIVEIRA. Daiane Perucch. Universidade do Extremo Sul Catarinense. **Do Dano Moral entre Cônjuges pela Ruptura dos Deveres Matrimoniais**. Monografia apresentada ao curso de Direito. Criciúma: UNESC, 2010. Acesso em 28.09.2020 disponível http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/918/1/Daiane%20Perucch%20de%20Oliveira.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

REI, Cláudio Alexandre Sena. **Danos Morais entre Cônjuges**. Âmbito Jurídico, ago/2001. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dfam0009.htm Acesso: 13 de março de 2020.

VARGAS. Jucir. Universidade Federal do Vale do Itajai. **Dano Moral e sua Reparação: A Quantificação Indenizatória**. Monografia apresentada ao Curso de Direito. São José: UNIVALE, 2004. Acesso no dia 28.09.2020 disponível em http://siaibib01.univali.br/pdf/Jucir%20Vargas.pdf

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO E O ESTADO DE COISA INSTITUCIONAIS

VANESSA DA CONCEIÇÃO DE LIMA.

RESUMO: O seguinte trabalho explora o estado em relação as coisas institucionais na procura da efetivação dentro da dignidade da pessoa humana dentro do sistema prisional brasileiro, foi utilizado nesse artigo uma pesquisa bibliográfica, em artigos científicos que já foram publicados de acordo com o tema. O Estado de coisas inconstitucional foi criado no ano de 1997 na Colômbia, que a contar da sua corte constitucional, identificou que estava ocorrendo um grande descumprimento grave, em relação aos direitos humanos dos cidadãos presos, com evidente omissão do Estado. A finalidade da criação da ECI é de guiar o Estado para que esse solucionasse a situação do sistema prisional, a contar com a atuação adjunta e esquematizada de todos os órgãos responsáveis.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO.2. O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. 2.1. REGIMES PRISIONAIS. 2.2. AS DIFICULDADES DO SISTEMA PRISIONAIS. 3. SISTEMA PENITENCIÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS. 3.1. HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS E SUA VIOLAÇÃO NAS PRISÕES. 4. O ESTADO DE COISA INSTITUCIONAIS DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. 4.1. ESTADO DAS COISAS INSTITUCIONAIS – ECI. 4.2. CRITÍCAS A DECLARAÇÃO DO ECI. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A situação carcerária é uma das principais dificuldades da sociedade brasileira, existem muitas notícias que são veiculadas aos meios de comunicação em relação ao sistema prisional brasileiro, e as violações do direitos humanos que podem acorrer no dia-a-dia das prisões do pais, onde isso tem ficado mais acentuado ao longo dos anos e principalmente nesses últimos anos (ALVES,2018).

O tema atual é relevante e de grande importância, analisando que o pais se encontra em crise em relação ao assunto prisão, vendo a necessidade do estado e a sociedade readaptação, assim como ofertar para os detentos estruturas físicas que sejam adequadas para garantir o cumprimento da sua pena, levando em consideração que todos os direitos sejam ofertados, como também os direitos humanos, que geralmente são esquecidos.

Essa pesquisa foi utilizado por meio de pesquisa bibliográfica. Partiu a princípio, da contextualização sobre o sistema prisional brasileiro, evidenciando o regime prisional e as principais dificuldades perante o sistema prisional brasileiro. Assim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

após essa explanação, sobre o sistema penitenciário e suas principais causa de sua ineficácia.

No decorrer do desenvolvimento da pesquisa, buscou identificar a como se aplicar os direitos humanos dentro do sistema prisional, analisando assim a histórico dos direitos humanos dentro do histórico dos presidiários e quais as causas para a violação desses. Posteriormente, analisar o estado de coisas institucionais e o sistema penitenciário brasileiro.

2.O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A primeira parte dessa pesquisa procurar realizar uma análise do sistema prisional brasileiro dentro de suas facetas históricas, como também procurou evidenciar a sua evolução e as função em relação as penas de seus condenados. Sendo que esse, passou por muitas evoluções no decorrer dos anos, onde as práticas punitivas eram mais duras e os crimes que eram cometidos eram considerados como pecados e ofensa moral, sendo que a morte era a punição mas usada na época. A evolução do direito Penal se faz importante dentro da história da humanidade, pois assim diante as modificações, as penas se tornaram mais humanitárias e com uma aplicação mais adequado ao condenado.

2.1 REGIMES PRISIONAIS

Na sentença penal, na hipótese de que seja aplicada em um condenado a pena de prisão, seja ela por reclusa ou detenção e o local de cumprimento da sentença, com a finalidade conter as ações delituosas. Apesar, de que dentro do ordenamento jurídico, existem três tipos de regime a serem observados quando for cometido algo ilícito, dependendo da gravidade do mesmo, onde, todo esse regime estará sujeitos a progressões e regressões, sejam elas em regime fechado, semiaberto e regime aberto (MENHA, 2019).

A Lei de Execução Penal, causa para cada regime um estabelecimento diferentes, onde algumas penitenciárias são casas que podem abrigar os condenados apenados em reclusão em regime fechado; Colônias agrícolas, ou similares que são para regimento de regime semiaberto; e as casas do albergado que tem como objetivo, abrigar os condenados que passam a cumprir pena em regime aberto (FERNANDES, 2019).

Sendo assim, é de grande importância formular regimes diferentes para a facilitação da pena em razão da execução dos fatos e dos objetivos, que ocorreram dentro da prática criminosa, devendo ainda ser executada de acordo com o tempo de pena que será cumprido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema carcerário Nacional, isto é, a prisão é o espaço onde o condenado executa a sua pena que foi imposto por meio de Leis e aplicada por um júri ou juiz, é entendido que esse é motivo de discussões muito importante, gerando críticas , em relação a superlotação, a higiene e a saúde, as rebeliões, e principalmente a aplicação dos direitos humanos, assim impossibilitando a reintegração do detento dentro da sociedade, analisando a situação em que os presos são submetidos dentro das instituições (MARKUS,2020)

Segundo Andrade (2018) é através das penitenciárias que se efetiva o direito de punir todos aqueles que cometem algum crime, entretanto, o sistema prisional não consegue desfecho eficaz no emprego de suas sanções, em determinação da falha da estrutura carcerária que são oferecidas para os condenados, onde a maioria das vezes são aglomerados dentro das celas e que essas não tem capacidades de suporte a maioria deles.

A julga a lentidão e a confusão dos presídios, onde os presidiários ficam presos por muito tempo, as vezes superior as suas penas, perante as fraquezas da segurança públicas perante os condenados existem presos que o estados não reconhece o motivo pelo o que estão detidos (ARAÚJO,2019).

Em seu artigo 1º, a Lei de Execução Penal, preconiza, que muito além da finalidade da execução penal ser executada as coordenações da sentença e da decisão criminal, a mesmo tem como principal finalidade de ofertar condições pacificas para o preso para a reintegração do mesmo ao meio social (BRITO, 2020)

Dessa forma, é entendido que os presídios são considerados verdadeiros depósitos humanos, sendo ele por descaso do governo ou pelo o estado, que em sua maioria não tem interesse em regatar o cidadão para que esse entenda a conviver dentro em sociedade (ARNT,2019).

Nessa perspectiva que é possível observar que o preso quando é condenado e ele é encaminhado para o instituição que ele cumprirá a pena, ele é privado de sua saúde física, mental, social e espiritual, que não se adapta a que um ser humano precisa ter para ser humano.

De acordo, com que se refere o título do seguinte artigo, o sistema carcerário nacional, isto é, os presídios brasileiros não estão prontos para compor efeitos positivo no preso, muito pelo o contrário, ele acabam por piorar o preso, consequentemente separar, por culpa da sociedade, que são ausentes em aceitar suas funções.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dentro da finalidade da reintegração do preso, a Lei de Execução Penal estabelece que esses tenham acesso a vários tipos de assistência, de uma maneira que possa abranger a assistência médica, entretanto, em relação ao tema que é relacionado a assistência médica e saúde do presidiário é de grande importância e de problemática dentro do sistema carcerário, pois é assim que se sabe na prática, onde esse benefício não é ofertado de uma forma abundante e correta, assim considerando que os detentos conseguem assistência em um nível precário (SANTANA,2019)

Entre os vários fatores que podem favorecer a grande ocorrência dos problemas de saúde entre os presidiários, se concentra o estresse por causa do seu encarceramento, as condições de saneamento em que eles vivem dentro das instituições, levando em consideração os diversos abusos que os mesmos já sofreram dentro das instituições (DE SOUZA,2020).

Assim, é possível concluir que a assistência à saúde do preso, é um trabalho de grande relevância, onde é visto que se tratam de pessoa que infringiram a Lei, seja eles por má conduta ou por acidente e assim perdem a sua liberdade, mas esses precisam de um tratamento adequado, principalmente dentro do aspecto saúde, pois assim um acompanhamento médico adequado poderia evitar muitas situações que são considerados maus tratos, como violência física e sexual e diversos outros tipos de violência que são comuns dentro das instituições correcionais.

2.2 AS DIFICULDADES DO SISTEMA PRISIONAL

Nesse item, tem como finalidade, caracterizar os principais problemas dentro do sistema prisional como em exemplo a superlotação, em decorrência do número elevado de presidiários, sendo esse um dos mais graves e que envolve o sistema atualmente.

Assim, busca também abordar a falta de assistência médica, as condições de higiene e de alimentação dos presos, sendo esses fatores para a declínio do sistema prisional brasileiro. Enfim, o desarranjo do sistema prisional ocasiona uma descrença da prevenção e da restauração do preso dentro da sociedade, diante de um ambiente, onde os fatores alcançaram para que esse chegasse a uma situação precária do sistema prisional.

Em exemplo, a Lei de Execução penal, estabelece dentro do seu artigo número 88, que o cumprimento da pena separa se dê em cela individual com uma área mínima de 6 metros quadrados, o que é entendido por tudo que é explanamente espalhado pela a impressa, não ocorre dentro das penitenciárias nacionais (BRITO,2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além do que, dentro do seu artigo 85 a Lei de Execução Penal, pressupõem que exista um acordo dentro da estrutura física do presídio e a sua capacidade de lotação, todavia, a superlotação tem como efeitos imediatos não só dentro das violações das normas e artigos da Lei de Execução Penal, como também dentro dos princípios constitucionais (SILVA,2019).

De acordo coma Lei de Execução Penal, dentro dos seus artigos 12 e 14, o presidiário, terá assistência de material, levando em consideração os aspectos de higiene, das instalações higiênicas, direito e acesso ao atendimento médico adequado, farmacêutico e odontológico. Entretanto, dentro da nossa realidade não é assim, pois diversos detentos são sujeitos, as péssimas condições de higiene, ressaltando aqui, que as condições de higiene em diversas instituições hospitalares são precárias e deficientes, onde até mesmo, o acompanhamento médico não existir em algumas instituições (ESTRADA, 2018).

Assim, fazendo também o direito do detento à alimentação, que por diversas vezes não falta, mas chega a ser desproporcional para cada pessoa, onde a maioria das vezes a cozinha das instituições não está em plena atividade, pois apresentam velha e sem manutenção aparelhagem, e não tem condição de higiene, onde geralmente até a área destinada para o armazenamento dos mantimentos são sujas (BEZERRA,2018)

Tristemente, o sistema carcerário nacional está realmente um caos, e é onde ocorre uma grande desordem do sistema carcerário, onde há uma desconsideração por parte dos governantes, falta de estrutura, superlotação, assim impossibilitando a recuperação do preso (MARKUS,2020).

De acordo com Silva (2019) as prisões se encontram cheias, e não oferecem ao preso uma vida digna, devido a superlotação diversos dormem no chão de suas celas, muitas vezes no banheiro e até mesmo próximos a esgotos. Nas instituição com a capacidade máxima, onde não existem nem mesmo lugar no chão, os presos dormem amontoados em redes.

A superlotação dentro das celas, deficiência e sua insalubridade fazem com que as instituições correcionais, um ambiente favorável para a disseminação de doenças, onde todos esses fatores, quando são adjuntos com a situação alimentar dos presos, o uso de drogas, a falta de exercício físicos, a falta de higiene e toda o ambiente da prisão, torna o preso que está lá, que entrou com uma condição sadia, sai muitas vezes de lá, portador de alguma doença ou apenas como sua condição de saúde fragilizada (DA SILVA MOREIRA,2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema prisional brasileiro, na sua grande maioria, é composto por diversas unidades que pertencem a esfera estadual e federal do governo, onde em sua totalidade está com excesso da população carcerária, não sendo possível que a administração da instituição, por falta de espaço físico, a individualização da pena, não sendo possível separação dos presos, que tem pena provisória, dos já condenados a pena, descumprindo uma nova de Lei de Execução Penal, que pode estabelecer a proteção isolado entre os processos e o já sentenciados (ANASTACIO,2019).

Por motivo de muito lotação de preso dentro do sistema carcerário nacional, atrapalha a distinção de preso que são considerados de alto risco do que cometeram crime mais leve, fazendo assim, que os dois, coabitem. Todavia, essa realidade contradiz o que é previsto dentro do artigo 84 da Lei de Execução Penal, que diz, que o preso provisório ficará separa do condenado por sentença aguardando julgamento, assim o preso primário cumprirá pena em uma seção distinta daqueles que são guardadas para presos que já são recidivos. (DOS SANTOS,2020).

Dessa forma, dentro do artigo 88 da Lei de Execução Penal, relata que o condenado será hospedado em uma cela individual que poderá conter dormitório, aparelho sanitário e um lavatório, são esses os requisitos mínimos para a unidade. Deste modo, esse é um dos artigos que é mais contraditório quando é comparado com a realidade que vivemos, pretendendo, que na grande maioria dos presídios as condições de vida dos apenados são bastante precárias (VASCONCELOS, 2019).

Dentro dessa percepção, o estado deveria criar diversas estruturas e/ou formular as unidades que já existem desta natureza, para que as já existem possam receber um número maior de condenados, os quais se encontram em um amontoado de homens. É difícil retratar aqui uma reintegração dos detentos, quando o sistema carcerário, não ofertar alguma condição para a aplicação do que está sendo estabelecido dentro da Lei de Execução Penal (CARVALHO, 2018).

Sendo assim, é observado que na prática não são todos as instituições correcionais que realizam os referidos dispositivos legais, e por consequência, impossibilita uma reintegração dos condenados.

Em relação a assistência médica, do presos e dos internados em instituições correcionais a Lei de Execução Penal, dentro dos seus artigos 12º e 14º que:

> Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.
>
> § 2º Quando o estabelecimento penal não tiver aparelhamento para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento (BRASIL,1984).

De acordo com Padro (2002) com a Lei de Execução Penal, dentro dos artigos citados acima, o preso, terá assistência material, levando em consideração a higiene, as instalações higiênicas e acesso multidisciplinar. Porém, há um evidente número de presos que são submetidos a péssimas condições de higiene, considerando que as condições em algumas instituições são ineficientes para a manutenção do bem estar do preso, e não existe condições para uma boa assistência médica.

Os presos que já se encontravam em situação de reclusão, e que no decorrer de sua pena forem acometidos por alguma doença, deverão receber um tratamento adequado para que sua enfermidade ser tratada, devendo contar com um atendimento diário de um médico até que seu estado de saúde seja estabelecido. Essa realidade está em comparação com o que está previsto em Lei, se comparando com a realidade dentro das instituições correcionais nacionais (OCHO,2019).

É evidente, que são muitos presos não se alimentam de uma maneira correta, não possuem assistência médica, como também não tem acesso a material de higiene. A alimentação, além de precária é distribuída entre os presos de forma não igual, atitude esta que na sua grande maioria, é efetuada em virtude de uma discriminação. Por consequência, graças ao cumprimento da Lei, assim surgem muito problemas, sendo dentre eles, a proliferação de doenças, em decorrência uma assistência ineficaz médica e até em decorrência da falta de higiene (BARBOSA,2017).

3.SISTEMA PENITENCIÁRIO E OS DIREITOS HUMANOS

3.1HISTÓRICO DOS DIREITOS HUMANOS.

Os Direitos Humanos tem seu início dentro do conceito de direitos naturais, em que são concedidos por Deus, essa origem concernem a tradição cristã do ocidente, em foi possível entender o ensinamento cristão, que foi considerado um dos formadores, tornando possível que os direitos naturais fossem criados (JUCÁ, 2018).

Os direitos do homem, nascem como naturais e universais e eles se desenvolvem com direitos particulares, para que por fim se encontrem em seu feito

como os positivos universais. A declaração Universal do direitos humanos, de 1948, contém um fundamento dentro do movimento argumentativo, que se inicia dentro da universalidade abstrato dos direitos naturais, muda-se na especificações dos direitos positivos e finalidade dentro da universalidade mas não abstrata(CASTILHO,2018).

Os direitos humanos são os direitos básico e de liberdade de todos os seres humanos, são direitos de todas as pessoas e devem ser preservados pelo os Estados. Podemos entender assim, que eles são aqueles que tem histórico dentro das necessidades das humanidades, ocupado, intransferível e necessário para qualquer convivência dentro da sociedade (BARETTO,2018).

Em geral, o significado de direitos humanos, passa uma ideia de liberdade de pensamento e expressão e de igualdade perante o Estado, são princípios internacionais que devem proteger, garantir e resguardar o ser humano e que devem garantir que deve garantir os seres humanos o direitos de levar uma vida digna, ou seja, acesso a liberdade, a moradia, a saúde, ao trabalho e a educação (CASTILHO, 2018).

Direitos humanos são as observações e diminuição do poder político ou de necessidade a este, que são manifestadas dentro das declarações, de mecanismos legais e de dispositivos privados e públicos, que tem finalidade de fazer respeitar e de consolidar as condições de vida que possam possibilitar a todo humano a manter e se desenvolver dentro de suas qualidade únicas de dignidade, inteligência e consciência, com a finalidade de permitir a satisfação de suas necessidade espirituais e materiais (CASTILHO,2018).

Os direitos humanos são considerados aqueles que pertencem a todas as pessoas e podem se dividir em Direitos civis, que são direito de igualdade diante a lei, dentre outros; Direitos políticos, direitos a liberdade, direitos de associação, direito de votar e ser votado, direito de pertencer a um partido político, dentre outros; Direitos sociais, direito a um previdência social, direito a um atendimento eficaz de saúde dentro tantos outros dentro desse aspecto; Direitos culturais, direito a educação, direito a participar de atividade culturais, direito ao progresso cientifico e tecnológico; Direito econômico, direito ao trabalho e as leis trabalhistas, direito a uma moradia digna, direito a terra; Direitos ambientais, direitos de proteção, de recuperação de preservação do ambiente, usando recursos naturais e sustentáveis (MASCARO,2017).

Os direitos humanos são considerados fundamentais de todas as pessoas, sejam elas homens ou mulheres, de qualquer cor, classe social, orientação sexual e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

etnia, todos enquanto pessoas devem ser respeitados e sua integridade protegida. Sendo assim, os direitos humanos são um conjunto de condições e de possibilidades que pode ser ligado a um aspecto natural do ser humano e capacidade natural de cada pessoa e dos meios se valer de um resultados de organização social (COMPARATO,2019).

Os direitos humanos, correspondem a um grupo de necessidade que são necessárias e igualitárias para todos os seres viverem com dignidade, como também, a vida, saúde, alimentação, casa, educação e de trabalho. Ao falar, em relação os direitos necessários da pessoa humano, é possível afirmar que a ausência dos direitos finda por não possibilitar a efetivação de inúmeros princípios de suprema ordem, como em exemplo, o da dignidade, de fraternidade, da igualdade, por fim, de sua própria justiça (RAMOS,2018).

Com o surgimento da Organizações das Nações Unidas- ONU em 1945, o significado de Direitos Humanos foi universalizado, foi atingido uma grande importância dentro da cultura jurídica internacional. No ano de 1948 a Declaração Universal do Direitos Humanos foi criada e foi instituída pela a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas – ONU, como retorno aos horrores que aconteceram na Segunda Guerra Mundial (SILVA,2020).

De acordo com Martin (2019) a Declaração estabeleceu uma delimitação para o desenvolvimento dos direitos humanos, a mesma é composta de 30 artigos e que são classificadas em cinco categorias distintas, de classificação dos direitos: civis, econômicos, sociais, políticos e culturais. O primeiro e segundo artigo da declaração universal dos direitos humanos, são compostos pelo os princípios de liberdade, igualdade, fraternidade, não-discriminação. O artigos 3º a 11º contém os direitos que são de aspecto individual, que abrange vida, segurança, liberdade, dignidade e garantia contra a escravidão e a tortura, a igualdade de proteção da lei, a prisão e as penas desnecessárias, contra as discriminações, acesso aos tribunais e suposição de inocência até que aconteça o julgamento.

Os artigos 12º a 17º compreende os direitos em relação ao indivíduo e o seu grupo de bens. Os artigos 18º a 21º falam sobre os recursos em relação a religiosidade e a liberdade públicas e os direitos de âmbito político. Os artigos 22º a 28º falam sobre os direitos de âmbito econômicos, culturais e sociais. O artigo 29º retrata os deveres dos indivíduos perante a comunidade e o art. 30 fala sobre a análise de quaisquer mecanismos que é contido dentro da declaração Universal do Direitos Humanos quando só pode ser feito para benefício dos direitos e das liberdades que nelas foram declarados (MARTIN,2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A declaração é considerada um dos documentos jurídicos primários que retiraram os direitos humanos, ela classifica os direitos que são próprios e necessários a todos os seres humanos, e contem normas que forçam os governos tanto em planos internos como planos externos e que fala a respeito dos direitos coletivos e individuais, políticos, civis e socioculturais, que são de interesse de toda a comunidade internacional (LEITE, 2018).

As regras que foram mencionadas acima, têm como principal finalidade garantir a própria sobrevivência digna de todas as pessoas, como também um convívio social com paz, fraternidade, democracia, respeito, liberdade e respeito as diferenças individuais, igualde, segurança e sem discriminação. Impondo certos limites ao Estados em relação ao ser humano, com a finalidade de precaver questão de abusos de excessos, torturas, penas desiguais, penas cruéis e que degradem a imagem humana.

Nos anos seguintes, as Nações Unidas autorizaram duas convenções internacionais, que eram determinadas a confirmar os princípios da igualdade e da dignidade de todos os seres humanos. A primeira, foi no ano de 1952, em relação aos igualdade dos direitos políticos dos seres humanos. A segunda ocorreu no ano de 1965, e falou sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (PEREIRA,2017).

O presente documento modificou em uma fonte de inspiração para uma elaboração de várias cartas constitucionais e de tratados internacionais que eram retornados para a proteção dos direitos humanos, esses que asseguram os direitos indivíduas e a coletividade, e assim estabelecem algumas obrigações jurídicas dentro dos governos (SCHOLZ,2017).

São constituídos de normas jurídicas que são voltadas para proteger os interesses mais necessários para a pessoa humana, sendo fundado com o propósito de manutenção da paz e da segurança do mundo, de estimular relações agradáveis entre as nações do mundo e de promoção da qualidade de vida e respeito aos direitos humanos (PEREIRA,2017).

Devido aos fatos aqui já citados, podemos dizer que a declaração sobre os direitos humanos, ocasionou a verdade e possibilidade de uma ativação sobre os direitos humanos, mas não sua eficácia entre o estado. Em consecutivo foram aprovados vários tratados internacionais e nacionais em relação ao tema, podemos destacar aqui, o Pacto Internacional dos direitos políticos e civis e o pacto Internacional dos direitos econômicos, culturais e sociais, que foram aprovados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

perante a assembleia das nações unidas em 1966. A contar disso, existem muitas organizações e vários movimentos de defesa sobre os direitos humanos.

O direito penal tem como principal finalidade de preservar a liberdade de todos os cidadãos, diminuindo as questões de violência e potencializando os direitos, a liberdade e a segurança de todos os cidadãos. Dentro de uma pais popular de direito do estado está dentro do serviço de cidadão, onde esse tem como principal objetivo a proteção do indivíduo (RAMOS,2017).

Esse indivíduo por estar preso, ele se encontra em um situação única, que preserva uma limitação dentro dos direitos que estão previsto dentro da Constituição Federal e dentro das leis, porém isso não quer dizer, que o mesmo pode perder, além de sua liberdade civil, ele não precisa perder a sua condição de pessoa humana. Em derivação dessa quebra de liberdade, o estado se torna responsável além da sua guarda e de sua integridade física, o governo ficar responsável por dar assistência, a sua saúde, jurídica, material, social e religiosa, e assim ofertar um trabalho, dentro do cumprimento da pena (BARBOSA,2017).

Segundo Ferreira (2018) o indivíduo preso é uma pessoa que fica sujeita a regras que são consideradas especiais e que podem não atingir os direitos fundamentais, sendo essas regras provocam em direitos e deveres que sejam mutuo do preso e da administração e de direitos fundamentais, que sejam iguais a todos os cidadãos, onde esses só podem ser limitados, em razão de uma relação, em casos que sejam previstos por lei. Sendo assim, essa relação entre o detento e administração poderá ser entendida como garantia dos direitos fundamentais dos recursos, o preso mantem o direito a divergência, a discordância, ao não acatamento de suas ordem que possam afetar o seus direitos individuais.

A lei de execução penal – LEP, pressupõe categoricamente em ocasiões que os direito podem ser limitados em relação a aplicação de alguma sanção penal, portanto são assegurados perante a Constituição Federal, em relação a LEP seu direito a vida, a liberdade e a dignidade, a integridade moral e física e a privacidade, dentro outros. A Constituição Federal garante aos presos alguns direitos, dentro desse, o artigo 5º diz que ninguém será dominado aos presos será submetido a tortura nem algum tratamento que seja desumano (BRITO,2020).

Dentro do princípio da dignidade humano, essa Lei assegura que os contornos de todos os direitos fundamentais, que é conceituar a dignidade devendo ser preservada e deve permanecer pacifica em qualquer que for a situação em que a pessoa se encontre, a prisão deve dar condição que possam preservar a dignidade humana, sendo que esse princípio determina que o indivíduo deve ser tratado como uma pessoa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.O ESTADO DE COISAS INSTITUCIONAIS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

4.1ESTADO DAS COISAS INSTITUCIONAIS – ECI.

O ECI teve seu surgimento na Colômbia nos anos 90, tinha como finalidade de resolver, juntamente com a atuação do Poder Judiciário, graves violações aos direitos fundamentais que são garantidos por meio de Constituição. O ECI, é um instituto ou novo conceito jurídico, com mais de 20 anos de existência, onde em outros países latinos, porém ganhando força fora do continente (MAIA,2018).

No ano de 1991, foi publicado a nova constituição da Colômbia, com enorme vocação normativa, e uma grande lista de direitos necessários e em particular, comprometida com os direitos sociais. Nessa nova constituição, foi instituído a corte constitucional com um grande acesso a sua autoridade e significativas atribuições e poderes de controles em relação aos atos dos demais atores do governo e em relação a missão necessário de resguardo de integridade (OLIVEIRA,2017).

Sendo assim, foi estabelecido um controle composto de constitucionalidade de leis, entre o controle abstrato por meio de atuação publica, que pode ser recomendado diretamente na corte por qualquer cidadão e o controle concreto em sede de revisão das decisões judiciais. É necessário destacar, que desde que foi iniciado as atividades, a Corte Constitucional Colombiana tem aglomerado o respeito popular, envolvendo e se deixando envolver dentro das principais políticas e do país (BORBA,2017).

O conceito de ECI, foi desenvolvido pela a Corte Constitucional Colombiana perante a violações sistemática dos direitos essenciais e possui uma propósito bastante corajoso, permitindo um desenvolvimento de solução estruturais para uma situação de graves e constante que são praticadas contra as populações vulneráveis (LAGE, 2017).

O ECI começa dentro das situações de ausência estatal que provocam violação abundante e continua dos direitos básicos, para proteger a dimensão objetiva desses direitos, a corte colombiana acabou tomar medidas radicais, reconhecendo a vigência de uma ECI (MAIA,2018).

A decisão procurou orientar o Estado e observar a dignidade da pessoa humana e a garantir dos direitos humanos essenciais quando estiverem ocorrendo graves violações, por omissão dos poderes públicos. O sistema carcerário, que era um bagunça e que violava os direitos humanos daquela comunidade. (BORBA,2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A corte colombiana passou a aprimorar o instituto em decisões decorrentes, assim a corte constatou um caso de descumprimento do direitos essenciais generalizado. A superlotação e o domínio da violência dentro das penitenciárias eram grandes problemas nacionais, de responsabilidade de um conjunto de autoridades (OLIVEIRA,2017).

Assim, além de declarar o estado de coisas inconstitucionais, foi determinada uma criação de uma plano para a formulação e a reformar de unidades carcerárias e assim ordenou alocação dos recursos de orçamento preciso. É necessário salientar que não é para defender o direito de apenas um indivíduo a declaração de um Estado de Coisa inconstitucionais que exige que esteja ocorrendo a violação dos direitos essenciais de vários indivíduos como uma maneira de proteção do sistema de direitos fundamentais (LAGE, 2017).

A corte constitucional colombiana ela tem a atribuição de proteger não um direito fundamental individual, mas um sistema de direitos essenciais, dentro da sua proporção objetiva, derivados não de um declarado específico e expressivo da ordem de legislar e sim considerando a constituição como um todo (MAIA,2018).

A declaração do ECI se mostra como uma forma jurídica, marcada por uma presença de um juiz constitucional muito mais ativo dentro da sociedade, mas assim prometido com a procura de soluções complexas a aos problemas estruturais que podem repercutir sobre o que dispõe os direitos fundamentais (MAGALHÃES,2019).

Reconhecendo o Estado de Coisa Inconstitucional decorre uma adição dentro da função do juiz constitucional, e se torna mais ativo perante a violação de direitos humanos. Assim ao utilizar os mecanismos da declaração do ECI a corte deixa de delimitar a atribuição de garantidor dos direitos essenciais em casos especiais, assim assumindo um papel muito mais ativo o de criar novas formulações de políticas públicas de assegurar dentro de sua implementação e controle dentro de sua execução (CAVALCANTE, 2018).

Sendo assim, é necessário salientar ao declarar o ECI, o poder judiciário admitindo uma existência de uma violação massiva, generalizada dos direitos essenciais contra o grupo de pessoas vulneráveis, assim exigindo que todos os órgãos responsáveis amparem medidas mais eficientes para a solução de problemas. Nessa perspectiva, o ECI é um modo de dizer que a situação caótica e considerado fora de controle que é necessário que todos os envolvidos assumam um compromisso real em resolver o problema de uma forma mais efetiva e estruturada (PEREIRA, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A existência da violação massiva de diversos direitos constitucionais, é capaz de afetar o grande número de pessoas, o segundo aspecto é a prolongada omissão de autoridades dentro do cumprimento das suas obrigações de garantir dos direitos. O terceiro, é adição de práticas inconstitucionais a fim de gerar, em exemplo, a necessidade de ser te procurar a tutela judicial para a adição do direito. O quarto a não adoção das medidas legislativas e orçamentarias, necessárias para impedir a violação de direitos. O sexto fator se conceitua quando existe como um problema sociais onde a solução depende das intervenções de várias entidade (DA COSTA,2019).

Por fim, deve existir uma possibilidade de uma obstrução do sistema judicial, caso ocorra uma procura massiva pela a proteção jurídica. Portanto, o ECI, é reconhecido quando ocorre uma violação graves, generalizadas e duradouras dos direitos essenciais de um grande número de indivíduos, perante a clara omissão de vários órgãos estatais no cumprimentos de seus deveres e proteção de direitos essenciais

4.2 CRITÍCAS AS DECLARAÇÃO DO ECI

As considerações em relação a ECI são principalmente as mesmas que são lançadas perante o ativismo judicial, pois a declaração do ECI, nada mais é do que uma forma ativista da corte de entender um quadro grave de desobediência massiva dos direitos essenciais. Essas críticas podem se resumir, por consequência, em contestação das ordens institucionais e democráticas (MAIA,2018)

Em relação os problemas, de ordem democrática, onde o Poder Judiciário não pode possuir um originalidade popular pode interver em políticas públicas, levando em consideração que seus membros não foram eleitos por voto popular, assim tem como argumento que não prospera, pois a democracia não significa apenas uma escolha da maioria, mas também uma proteção dos direitos essências(OLIVEIRA, 2017).

Sendo assim, em uma situação de negligencia por meio do estado, considerando que atuação do judiciário seja uma saída para que se possa causar um quadro de violação ao direito humanos, é dever do judiciário interceder dentro a realização e da implementação de políticas de âmbito público a fim de orientar tais direitos (OLIVEIRA, 2017).

Perante isso, foi verificado os obstáculos dispensados ao ECI se encontravam na resposta dentro do dialógico do constitucionalismo, pois essa técnica requer a corte outras decisões maleável, chamadas sentenças estruturais, nos que devem se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

basear dentro do diálogo e da cooperação mutua entre os diversos poderes (PEREIRA,2017).

Inicialmente, é necessário esclarecer que a negligencia inconstitucional, se refere apenas a omissão a preceitos normativos, isto é, desrespeitos dos dispositivos constitucional que tenha uma regra clara.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contar dos princípios da humanidade são ajustadas algumas regras de convivência para aqueles que descumpre de uma forma para garantir a paz social. A princípio, a imposição de sanção era realizada pelo próprio ofendido até um determinada momento.

As primeiras punições eram compreendidas como penas cruéis, desumanas, como enforcamento, dentre outras, nessa época, era imposta de forma única como uma forma de retribuição pelo o mal que causaram. Ao passar do tempo, se passou a questionar o objetivo da pena e com o aparecimento do Iluminismo se chamou por modificações humanas, que fosse utilizada de uma forma não só como retribuição pelo mal causado por meio do delito, mas como de forma de recuperação do delinquente.

Por essa razão, as atrocidades que foram cometidas na Segunda Guerra Mundial, apareceram um movimento pelo criação do Direitos Humanos, que passam a adicionar a Constituição de vários países, dentre eles o Brasil. Sendo assim, a pensa também assumiu na função de prevenção, com finalidade primária de ressocialização do presidiário.

No Brasil, são proibidas penas cruéis, respeitando a legislação com respeito a integridade física e moral dos presos, de acordo com a Constituição de 88, porém, em concomitância com a realidade, tomamos conhecimentos de vários violências aos direitos humanos dos presos dentro das instituições correcionais brasileiras, que são superlotadas e estão em uma situação degradante, sendo comuns nelas, várias rebeliões e fugas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Paulo Vitor. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. 2018.

ANASTÁCIO, Maria Eduarda Pedrozo; ROCHA, Thiago de Barros. SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS EFEITOS DA SUPERLOTAÇÃO. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ALVES, Darci et al. QUESTÃO CARCERÁRIA NO BRASIL: O PARADOXO ENTRE A SUPRESSÃO ESTADO-PROVIDÊNCIA E A SUPERVENIÊNCIA DO ESTADO-

ARAÚJO, ALLAN GUIMARÃES. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: crise na execução penal. 2019.

ARNT, João Pedro dos Santos. A superlotação dos presídios brasileiros e a violação ao princípio da dignidade humana. 2019.

BARBOSA, Licínio. Direitos, garantias e deveres dos presos. 2017.

BARRETTO, Rafael. Direitos humanos. 2018.

BEZERRA, Ana Tielly Mendonça. Direitos dos detentos sob a ótica de artigos de opinião. **Anais do Encontro Internacional e Nacional de Política Social**, v. 1, n. 1, 2018.

BRASIL. Lei n° 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1984

BRITO, Alexis Augusto Couto de. **Execução penal**. Saraiva Educação SA, 2020.

BORBA, Camila Andrade Pacheco de. O estado de coisas inconstitucional (ECI) e o ativismo judicial estrutural dialógico como instrumento de proteção do direito à saúde. 2017.

CAVALCANTE, Diogo Lopes; ROCHA JÚNIOR, Weimar Freire da. Estado de coisas inconstitucional: a crise do sistema carcerário brasileiro. **ius gentium**, v. 8, n. 2, p. 4-32, 2018.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 2018.

CARVALHO, Jô de; GOMES, Naiguel Cristian. SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: panorama da atual situação e possíveis soluções. **Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas**, v. 1, n. 1, 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. A declaração universal dos direitos humanos. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 2019.

DA COSTA, Silvia Emboaba. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 37, n. 37, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DA SILVA MOREIRA, Patrícia Ramaldes Ferreira; PIMENTEL, Solange Maria. O sistema carcerário no Brasil e sua ineficiência. **Humanidades em Perspectivas**, v. 5, n. 3, 2019.

DE SOUZA, Flávio Benício Gouveia; FERNANDES, Guilherme; DE ALMEIDA, Severina Alves. O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DA ÉTICA APLICADA: OS PRESIDIÁRIOS E SEUS CÓDIGOS ÉTICOS. **Facit Business and Technology Journal**, v. 1, n. 15, 2020.

DOS SANTOS, Anderson Thomas Nascimento. A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A INEFICIÊNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DA SUPERLOTAÇÃO. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-ALAGOAS**, v. 6, n. 1, p. 11, 2020.

DE OLIVEIRA, Laís Alves. O estado de coisas inconstitucional e sistema carcerário brasileiro. **Intertem@ s ISSN 1677-1281**, v. 34, n. 34, 2017.

ESTRADA, Rodrigo Duque. **Execução penal Teoria crítica**. Saraiva Educação SA, 2018.

FERNANDES, Izadora Pavanati. Projeto de lei anticrime e os institutos ressocializadores da lei de execução penal. **Direito-Tubarão**, 2019.

FERREIRA, Mauro César. Direitos humanos e o sistema penitenciário brasileiro. **JUS. com. br**, 2018.

JUCÁ, Francisco Pedro; KNOERR, Fernando Gustavo; MONTESCHIO, Horácio. Direitos humanos e inclusão social. **Revista Juridica**, v. 4, n. 53, p. 478-507, 2018.

LAGE, Daniel Dore; DA SILVA BRUGGER, Andrey. Estado de Coisas Inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. **Revista Publicum**, v. 3, n. 2, p. 193-240, 2017.

LEITE, Leonardo Queiroz. O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: reflexões sobre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. **Faculdade de Direito de Franca,[sd]. Disponível em:< http://www. egov. ufsc. br/portal/sites/default/files/anexos/32931-41110-1-PB. pdf>. Acesso em**, v. 15, 2018.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019.

MAIA, Isabelly Cysne Augusto; MARIANO, Cynara Monteiro; FURTADO, Emmanuel Teófilo. CONTRIBUIÇÕES DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS PARA A SUPERAÇÃO DAS OMISSÕES NÃO NORMATIVAS: DOS ENTRAVES INSTITUCIONAIS AO DESENVOLVIMENTO HUMANO/CONTRIBUTIONS FROM THE STATE OF UNCONSTITUTIONAL THINGS TO OVERCOME THE NON-NORMATIVE OMISSIONS. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 10, 2018.

MARKUS, Maiara; PORSCH, Mariele Da Costa. SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 5, p. e24579-e24579, 2020.

MARTIN, João Alberto Prado; OLIVEIRA, Edmundo Alves. A Declaração Universal Dos Direitos Humanos E A Educação Brasileira. **Revista Eletrônica da Educação**, v. 2, n. 1, p. 35-46, 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. Direitos humanos: uma crítica marxista. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 101, p. 109-137, 2017.

MENHA, Carlos Eduardo Guilhen. Progressão e regressão de regine prisional no ordenamento jurídico brasileiro. 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Saraiva Educação SA, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. Saraiva Educação SA, 2017.

SANTANA, Adiclécia França; DA SILVA, Ronaldo Alves Marinho. A REMIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL NA EXECUÇÃO PENAL. **Caderno de Graduação-Ciências Humanas e Sociais-UNIT-SERGIPE**, v. 5, n. 2, p. 99, 2019.

SCHOLZ, Jonathan Marcel. As apropriações dos direitos humanos no Brasil: O caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). **Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**, v. 9, n. 2, p. 214-243, 2017.

SILVA, Andreza de Jesus Dutra; LAMOGLIA, Cláudia Valéria Abdala. Direitos humanos. In: **Simpósio**. 2020.

SILVA, Pedro Henrique Fernandes; VIEIRA, Guilherme Soares. A RESSOCIALIZAÇÃO E A APLICABILIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. 2019.

SILVA, José Fernando Barros. SISTEMA CARCERÁRIO E A (DIS) FUNÇÃO DA PRISÃO. 2019.

OCHOA, Silmara. AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA NÃO EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE DO PRESO. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, v. 4, p. e21198-e21198, 2019.

OLIVEIRA, Juliana Moinhos Viana de. O Estado de coisa inconstitucional e sua proposta a máxima efetividade dos Direitos Fundamentais.2017

PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 1, p. 167-190, 2017.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. As normas de jus cogens e os direitos humanos. **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 6, n. 1, 2017.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. **Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lúmen Juris**, p. 477-486, 2002.

PENITÊNCIA. **Anais do Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão**, v. 10, n. 2, 2018.

VASCONCELOS, Danielle de Alcântara. Lei de execução penal, falta de estabelecimentos prisionais adequados e outras interferências na efetividade do cumprimento da pena. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A OCUPAÇÃO FUNDIÁRIA IRREGULAR NO DISTRITO FEDERAL E SEU COMPONENTE ESTRATÉGICO (PODER EXECUTIVO)

ACACIA REGINA SOARES DE SA: Juíza de Direito Substituta do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Especialista em Função Social do Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Mestranda em Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB, Professora de Direito Constitucional e Administrativo da Escola de Magistratura do Distrito Federal – ESMA.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar as diversas variáveis que determinam a conduta dos responsáveis por invasões no Distrito Federal e as consequências da omissão estatal no seu dever de fiscalização. O povoamento do Distrito Federal teve início com a construção do Plano Piloto e das comunidades de trabalhadores formadas ao seu redor. Ante o aumento da população e a quantidade de terras públicas sem utilização, ocorreram as invasões e o consequente crescimento desordenado da cidade, que trouxe diversas consequências urbanísticas e ambientais para o Distrito Federal, a exemplo da ocupação desordenada do solo, o comprometimento das bacias de água, entre outras. À medida que as invasões se consolidaram como verdadeiros conglomerados urbanos, criaram um senso comum de que tal prática é vantajosa, já que a consequência será a posterior legitimação da propriedade dos imóveis, ao contrário do que aconteceria se, assim que as primeiras invasões de uma área surgissem, houvesse uma sanção imediata pelo poder público. É necessário analisar como as condutas dos atores envolvidos no processo de povoamento do Distrito Federal contribuíram para o desenho institucional que existe hoje. Para tanto, serão analisadas posições de doutrinadores que tratam os temas abordados, além de artigos científicos e dissertações sobre o tema, utilizando o método dedutivo para chegar a uma conclusão.

Palavras-chave: Ocupação fundiária. Omissão estatal. Plano Diretor. Incentivos estatais.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Consequências da ocupação fundiária irregular no Distrito Federal - 2.1. Ambientais -2.2. Urbanísticas - 3. Legislação 4. Os incentivos do Poder Executivo à luz da análise econômica do direito 5. Conclusões 6. Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As ocupações irregulares no Distrito Federal não são um problema novo, remontam mais de 30 anos, razão pela qual se faz necessário investigar a presença de incentivos do Poder Executivo nas condutas dos invasores das referidas terras.

A construção de Brasília teve início com a edição da Lei nº. 2.874/1956, que delimitou o território do Distrito Federal, criou e organizou a Companhia Urbanizadora da Nova Capital – NOVACAP e definiu o nome da nova Capital Federal. (BRASIL, 1956).

O povoamento do Distrito Federal teve início com a construção do Plano Piloto e das comunidades de trabalhadores que se formaram ao seu redor.

Em 21 de abril de 1960, Brasília foi inaugurada, momento em que houve a transferência da Capital Federal do Rio de Janeiro, nos termos da Lei n° 3.273/57. (BRASIL,1957) Taguatinga foi a primeira cidade-satélite oficialmente criada em 05.06.1958, a qual se destinava a eliminar os aglomerados humanos, que vinham se formando na área urbana de Brasília.

Em continuidade ao projeto de consolidação do Distrito Federal, a Lei n ° 3.751/60 previu a criação de cidades-satélites como solução para abrigar o excedente populacional, sendo que, no mesmo ano, as cidades-satélites do Gama e de Sobradinho foram inauguradas, ressalvando que esta última foi planejada urbanisticamente pela NOVACAP e surgiu da necessidade de se alojar definitivamente as famílias procedentes do Norte e do Nordeste. (BRASIL, 1960)

Em 1964 a Lei n.º 4.545/64 (BRASIL, 1964), regulamentada pelo Decreto n.º 488/96 (BRASÍLIA, 1996) criou a região metropolitana do Núcleo Bandeirante e fixou seus limites, isso em razão do surgimento da necessidade da acomodação da população que vinha crescendo em grande escala.

Mesmo diante da estratégia estatal de criar cidades satélites, em face do aumento da população e a existência de uma grande quantidade de terras públicas sem utilização iniciaram-se as invasões e o consequente crescimento desordenado da cidade, que vieram a ocasionar diversos problemas de cunho econômico, ambiental e urbanístico entre outros.

2. Consequências da ocupação fundiária irregular

Como é sabido, a ocupação fundiária irregular traz diversas consequências tanto econômicas, como ambientais e urbanísticas, entre outras, para toda a população.

No caso do Distrito Federal, as principais consequências da ocupação fundiária irregular são de ordem ambiental e urbanística, conforme veremos a seguir alguns dos pontos mais importantes.

2.1. Consequências ambientais

As consequências ambientais no Distrito Federal, decorrentes da ocupação fundiária irregular, se dão através de interferências indevidas nas áreas de proteção ambiental distritais e federais, estações e reservas ecológicas, parque distrital, monumento natural, entre outras, o que traz desdobramentos diversos.

Uma das consequências que pode ser observada na atualidade diz respeito à situação de racionamento de água em todo o Distrito Federal, isso porque, em razão da ocupação fundiária irregular da área onde se encontra situada a Bacia do Rio Descoberto - responsável por parte do abastecimento de água do Distrito Federal - aliada a fatores climáticos, a exemplo da escassez de chuvas já provocaram diversos períodos de racionamento de água.

Tal fato se deve, em parte, à invasão irregular das áreas em que, segundo o Plano de Desenvolvimento e Ordenamento Territorial (PDOT) do Distrito Federal, é proibido o parcelamento do solo urbano e rural, exceto os parcelamentos com projetos já registrados em cartório ou aqueles incluídos na Estratégia de Regularização Fundiária do PDOT.

Segundo estudos da extinta Agência de Fiscalização do Distrito Federal (AGEFIS), as terras ocupadas irregularmente próximas à área de bacia hidrográfica acima referida não se encontram inseridas em nenhum programa de regularização fundiária.

Além da questão hídrica, outra consequência de cunho ambiental é o desmatamento de diversas espécies de coberturas vegetais existentes no Distrito Federal, que ocasionam o aumento da poluição, a elevação da temperatura, além da degradação geral do meio ambiente para as gerações futuras.

2.2. Consequências urbanísticas

Do ponto de vista urbanístico, também temos diversas consequências, como problemas de mobilidade urbana, haja vista a inexistência de prévio planejamento de ocupação das áreas invadidas, o que inviabilizou a construção de vias de acesso suficientes, equipamentos públicos, gerando grandes congestionamentos e um alto índice de acidentes automobilísticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A infraestrutura das áreas ocupadas irregularmente, muitas vezes precárias, trazem consigo problemas sociais, como o aumento do índice de criminalidade, proliferação de doenças, tendo em vista que se tratam de populações mais vulneráveis.

Além das consequências acima citadas, há uma série de outras consequências urbanísticas que podem ser verificadas no nosso cotidiano, tendendo a aumentar caso não haja uma solução definitiva para o problema.

3. Legislação

A Constituição Federal trata do tema propriedade e ocupação fundiária em vários títulos, elevando ao patamar de garantia fundamental prevista no seu art. 5º, quando dispõe sobre direitos e garantias fundamentais.

Existem outros diplomas importantes acerca do assunto como o Decreto-Lei n.º 3.365/41 (BRASIL, 1941), que dispõe sobre as desapropriações por utilidade pública, o Estatuto da Terra (Lei n.º 4.504/64) (BRASIL, 1964), a Lei do Parcelamento do Solo Urbano – Lei n.º 6.766/79 (BRASIL, 1979), entre diversos outros diplomas legais.

Outra norma importante sobre o assunto é a que trata do plano diretor, instrumento básico da política territorial e de orientação aos agentes públicos e privados que atuam na produção e gestão das localidades urbanas, de expansão urbana e rural de um território.

No Distrito Federal, sua Lei Orgânica definiu como ""[...] os instrumentos básicos das políticas de ordenamento territorial e desenvolvimento urbano o Plano Diretor de Ordenamento Territorial – PDOT e os Planos Diretores Locais PDLs [...]", havendo ainda uma relação de outras leis importantes no Distrito Federa, extraído do site da Secretaria de Estado de Gestão do Território e Habitação (BRASÍLIA, 2012)[1].

A Lei Complementar n.º 353/92, estabeleceu o Plano Diretor de Brasília de 1997, o qual foi substituído pelo atual Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal (Lei Complementar n.º 803/2009) e alterado pela Lei Complementar n.º 854/12.

4. Os incentivos do Poder Executivo à luz da análise econômica do direito

Conforme já mencionado anteriormente, o aumento da população no Distrito Federal obrigou seus governantes a criar diversas cidades satélites, a fim de acomodar sua crescente população. No entanto, tal medida não se mostrou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

suficiente, tendo em vista que a população continuou crescendo, quer seja pela oferta de oportunidade de colocação no mercado de trabalho que o Distrito Federal oferecia, quer pelo crescimento das famílias que aqui já residiam.

Assim, em razão desse aumento populacional, teve início o fenômeno da ocupação irregular de terras públicas e particulares, já na década de 1970, com um grande avanço da década seguinte, perdura até os dias atuais.

Nesse diapasão, devemos verificar a estrutura de incentivos criada pelo Poder Executivo que acabou por favorecer a consolidação dessa conduta como prática comum e corriqueira no Distrito Federal.

Como acima citado, as primeiras invasões irregulares de terras no Distrito Federal retomam à década de 1970, quando então ocorreram as primeiras omissões estatais, tendo em vista que o Poder Executivo não tomou imediatamente as medidas para a retirada dos invasores das referidas terras e ainda permitiu que edificassem e fixassem suas residências nos respectivos locais.

Dessa forma, os agentes invasores passaram a observar que não houve reação estatal no sentido de coibir as referidas invasões irregulares e, ao realizaram novas invasões em locais distintos perceberam que novamente foram permitidas pelo Poder Executivo, uma vez que este não tomou nenhuma providência inibitória.

Com isso, usando um critério de racionalidade, os agentes invasores passaram a realizar invasões sistemáticas, tendo em vista que não havia repressão estatal. No entanto, agora já de uma forma mais organizada, uma vez que os terrenos invadidos não mais se destinavam apenas a construção de suas próprias residências, mas também à negociação com terceiros.

Esse quadro, iniciado na década de 1970, expandiu-se nos anos e décadas seguintes, isso porque os agentes já possuíam informações suficientes para tomar as melhores decisões que os beneficiassem, ante a reiterada omissão estatal acima exposta.

Com isso, pequenos focos irregulares tomaram grandes dimensões, como ocorreu no caso de Vicente Pires, que se tornou uma verdadeira cidade, totalmente edificada de forma irregular, tanto que o Poder Executivo, com a participação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, criou uma estratégia específica para resolver o problema, que consistiu em possibilitar sua regularização, porém vedando-se a edificação de residências em quadras que se destinariam à construção dos equipamentos públicos necessários, de acordo com o estabelecido no Plano Diretor de Organização Territorial (PDOT).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além de Vicente Pires, que é um exemplo emblemático, também não podemos esquecer o caso dos condomínios irregulares, que surgiram de invasões, na sua maior parte realizadas por "grileiros" que loteavam os terrenos e os negociavam como condomínios legais, como ocorreu em Sobradinho, parte do Setor de Mansões Dom Bosco, entre outras áreas. Nesses, as terras eram alienadas a terceiros, com a perspectiva da posterior regularização.

Poderíamos citar diversos outros exemplos aqui no Distrito Federal, em que a ocupação ocorreu na mesma lógica acima citada, ou seja, invasões irregulares sistemáticas e a continuada conivência do Poder Executivo ao permitir a ocupação sem que fossem tomadas medidas para coibir tais práticas.

Somente no ano de 2015, organizaram-se grandes ações estruturais para coibir tais tipos de práticas, com a realização do mapeamento das áreas que poderiam ser regularizadas e das que não seriam passíveis de regularizar, quer por motivos ambientes, quer por motivos urbanísticos e que, em consequência, sendo que, no caso destas últimas, a solução seria a demolição. Ainda nesse sentido, passaram a ser coibidas as novas invasões e determinado, por ato administrativo, que todas as construções edificações a partir de julho de 2014 fossem demolidas.

Nesse contexto, além da inércia do Poder Executivo, outro incentivo criado por este poder, diz respeito à posterior possibilidade de regularização dos terrenos, através de legislações permissivas, não somente em âmbito distrital, mas também federal, como ocorreu com a edição da Medida Provisória n.º 759, de 22 de dezembro de 2016, posteriormente convertida na Lei n.º 13.465/17, que alterou alguns critérios para alienação de terras públicas, tornando-os mais flexíveis, dispondo ainda sobre a regularização fundiária rural e urbana de algumas áreas do país.(BRASIL, 2017).

Outro fator que contribuiu para o quadro em análise foi o que Robert Cooter (2010, p. 127), em seu livro Direito e Economia, chamou de *más notícias*, ou seja, as notícias de que as invasões eram passivamente aceitas pelo Poder Executivo, sem que houvesse resistência e ainda a posterior possibilidade de regularização das áreas, estimulou outras pessoas e grupos a invadirem terras públicas, sistemática que pode ser resumida da seguinte forma: Ocorridas as primeiras invasões, os agentes invasores ainda não tinham conhecimento de qual seria a conduta do ente público, o qual acabou por permanecer inerte e passivo diante da situação, impulsionando, dessa forma, a ocorrência de outras invasões, sem que, novamente, houvesse reação estatal, trazendo para os agentes invasores um incentivo à continuidade da prática das invasões, tendo em vista que já sabiam que não haveria reação estatal, podendo então firmar ali suas residências ou negociar as terras invadidas.

Nesse diapasão, a estratégia dominante para a ocupação fundiária do Distrito Federal passou a ser as invasões irregulares, isso porque seria a melhor decisão a ser tomada pelas pessoas que desejavam adquirir a propriedade de um imóvel e não possuíam condições financeiras para tanto, já que o Poder Executivo adotou uma posição de inércia e não coibiu a prática, propiciando que as invasões se alastrassem por todo o Distrito Federal, tanto em áreas de população de baixa renda, como em setores de maior poder aquisitivo, causando os prejuízos já exposto em tópico anterior.

Nesse contexto, vê-se que os invasores tinham conhecimento dos componentes estratégicos necessários à sua tomada de decisão, ou seja, identificavam as terras que poderiam ser invadidas e sabiam que o Poder Executivo não somente se absteria de tomar uma alguma medida para retirada dos ocupantes das terras, como também, posteriormente, abria a possibilidade de regularização da ocupação. Assim, de posse dessas informações, os invasores tomavam a decisão de continuar a realizar ocupações irregulares em terras públicas e privadas no Distrito Federal.

5. Conclusões

Pelo que foi acima exposto, vê-se que a conduta dos agentes que invadiam terras públicas no Distrito Federal pautou-se, ainda que de forma inconsciente, na dinâmica da teoria dos jogos, através do jogo de rodadas repetidas, vez que as invasões não se limitaram a um fato ou área isolada, mas se proliferaram em todo Distrito Federal, os agentes (jogadores), utilizando um critério de racionalidade, observaram que o Poder Executivo permanecia inerte frente às invasões realizadas, independentemente das áreas onde ocorriam, mais ou menos populosos, locais mais carentes ou não e, ainda, depois de consolidada, promovia a regularização da maior parte das referidas terras invadidas.

Dessa forma a estratégia dominante e racional utilizada pelos agentes invasores foi continuar o processo das invasões em terras públicas e particulares no Distrito Federal, tendo em vista que era vantajoso, pois mesmo os que não fixavam residência nos locais, cediam onerosamente os terrenos invadidos a terceiros e com isso auferiam lucros.

Assim, vê-se que a inobservância pelo Poder Executivo dos movimentos e das condutas dos agentes invasores implicou a sua repetição, continuidade das invasões, trazendo benefícios aos referidos agentes invasores, uma vez que, em muitos casos, conseguiram permanecer nas terras invadidas e até regularizá-las posteriormente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda nesse sentido, também podemos chegar a outra conclusão acerca da importância da observância das condutas dos agentes (jogadores), principalmente, quando se tratar de jogos de rodadas repetidas, pois, com esse movimento, há como se prevenir a ocorrência de fatos e eventos não desejados, conforme aconteceu na situação em discussão, em que apenas um dos agentes, ou melhor, jogadores (invasores), observou a conduta do Poder Executivo e, com a utilização de critério de racionalidade, deu continuidade às ações de ocupação irregulares.

Realizada a análise das condutas dos agentes diretamente envolvidos na lógica em que se deu a ocupação fundiária do Distrito Federal, observa-se que a massificação das invasões de terras foi uma das grandes formas de seu povoamento, em especial, dada à conduta passiva do Poder Executivo em não utilizar meios e políticas públicas para impedir, controlar e racionalizar o fenômeno, razão pela qual todos hoje sobre as suas consequências.

6. Referências Bibliográficas

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Lei da Desapropriação por Utilidade Pública; Lei de Desapropriação. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 18/7/1941, Página 14427. Rio de Janeiro, DF, 1941.

BRASIL. Lei nº 2.874 de 19 de setembro de 1956. Dispõe sôbre a mudança da Capital Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 20/9/1956, Página 17905. Rio de Janeiro, DF, 1956.

BRASIL. Lei nº 3.273 de 01 de outubro de 1957. Fixa a data da mudança da Capital Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 1/10/1957, Página 23017. Rio de Janeiro, DF, 1956.

BRASIL. Lei n ° 3.751 de 13 de abril de 1960. Dispõe sobre a organização administrativa do Distrito Federal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 13/4/1960, Página 7001. Brasília, DF, 1960.

BRASIL. Lei n.º 4.504 de 30 de novembro de 1964. Estatuto da Terra. Dispõe sôbre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - Suplemento - 30/11/1964, Página 49. Brasília, DF, 1964a.

BRASIL. Lei. Nº 4.545 de 10 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a reestruturação administrativa do Distrito Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 14/12/1964, Página 11385. Brasília, DF, 1964b.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei n.º 6.766 de 19 de novembro de 1979. Lei do Parcelamento do Solo Urbano; Lei Lehmann; Lei do Parcelamento do Solo; Lei do Parcelamento Urbano; Lei do Loteamento e Parcelamento do Solo. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 20/12/1979, Página 19457. Brasília, DF, 1979.

BRASIL. Lei Nº 13.465 de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União; altera as Leis nºs 8.629, de 25 de fevereiro de 1993, 13.001, de 20 de junho de 2014, 11.952, de 25 de junho de 2009, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 8.666, de 21 de junho de 1993, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 12.512, de 14 de outubro de 2011, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), 11.977, de 7 de julho de 2009, 9.514, de 20 de novembro de 1997, 11.124, de 16 de junho de 2005, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 10.257, de 10 de julho de 2001, 12.651, de 25 de maio de 2012, 13.240, de 30 de dezembro de 2015, 9.636, de 15 de maio de 1998, 8.036, de 11 de maio de 1990, 13.139, de 26 de junho de 2015, 11.483, de 31 de maio de 2007, e a 12.712, de 30 de agosto de 2012, a Medida Provisória nº 2.220, de 4 de setembro de 2001, e os Decretos-Leis nºs 2.398, de 21 de dezembro de 1987, 1.876, de 15 de julho de 1981, 9.760, de 5 de setembro de 1946, e 3.365, de 21 de junho de 1941; revoga dispositivos da Lei Complementar n° 76, de 6 de julho de 1993, e da Lei nº 13.347, de 10 de outubro de 2016; e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 12/7/2017, Página 1. Brasília. DF, 2017.

BRASÍLIA. Prefeitura Distrital. **Decreto 488** de 08 de fevereiro de 1996. Fixa os limites das Regiões Administrativas do Distrito Federal. Disponível em: < http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/616/ Decreto_488_08_02_1966.html>. Acesso em: 21 out.2020.

BRASÍLIA**.** Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal – PDOT *In:* **Secretaria de Estado de Desenvolvimento e Habitação.** (2012). Disponível em: <http://www.segeth.df.gov.br/preservacao-e-planejamento-urbano/pdot.html. > Acesso em: 22 out. 2020.

COOTER, Robert e Thomas ULEN, **Direito e economia.** 5. ed. São Paulo**.** Bookman. 2010.

NOTA:

[1] Cronologia da ocupação de Brasília:

1985 – POT: Sistema Normativo de Uso e Ocupação do Solo do Distrito Federal - consolidou as propostas contidas no PEOT, confirmando a área de expansão urbana por ele definida, buscando detalhá-lo e complementá-lo, sobretudo, no restante do território através de uma proposta de macrozoneamento envolvendo grandes áreas ambientais (naturais, rurais e urbanas) com usos predominantes e exclusivos, abrangendo as seguintes categorias de utilização para o território.

1986 – POUSO: Plano de Ocupação e Uso do Solo - ratificou o entendimento firmado pelo POT, redefinindo alguns pontos menores do macrozoneamento em decorrência de transformações ambientais.

1**992** – Primeiro PDOT - foi aprovado pela Lei n.º 353/92, consolidando as diretrizes firmadas por todos os planos anteriores, abrindo a possibilidade de parcelamento do solo pelo particular, o que até então era atribuição reservada ao Poder Público.

1**997** -o PDOT confirma o eixo oeste/sudoeste como de ocupação prioritária, objetivando otimizar os investimentos em infraestrutura urbana existentes e considerando ser esta área a de menor grau de restrições ambientais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PRISÃO PREVENTIVA E SEUS REFLEXOS NA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL

DOMINIQUE LOUISIE MONTEIRO KOOP:
Acadêmica do 10º período do curso de Direito da Católica do Tocantins

EMANUELLE ARAÚJO CORREIA[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo propõe a investigação acerca da prisão preventiva e a sua influência na superlotação do sistema penitenciário no Brasil, buscando por meio de uma análise da evolução histórica e de sua aplicabilidade em conformidade com a legislação brasileira, evidenciar dados atualizados acerca da realidade do sistema prisional. Para este, foi utilizada pesquisa bibliográfica, aonde analisar-se-á o advento das medidas cautelares penais, as novidades trazidas pelo pacote anticrime apresentado pela Lei nº 13.964/2019, bem como, os aspectos referentes ao encarceramento provisório no Brasil. A pesquisa proporcionará ao público o entendimento que, da influência da utilização indiscriminada da medida cautelar e da inobservância de seus requisitos, poderá ocasionar um prejuízo para o sistema penitenciário, no que tange a sua superlotação.

Palavras-Chave: Evolução Histórica; Medidas Cautelares alternativas à prisão; Prisão Preventiva; Superlotação do Sistema Penitenciário.

ABSTRACT: This article proposes the investigation of preventive detention and its influence on the overcrowding of the penitentiary system in Brazil, seeking through an analysis of the historical evolution and its applicability in accordance with Brazilian law, to show updated data about the reality of the system prison. For this, bibliographic research was used, which will analyze the advent of criminal precautionary measures, the novelties brought by the anti-crime package presented by Law No. 13.964 / 2019, as well as the aspects related to provisional incarceration in Brazil. The research will provide the public with the understanding that, from the influence of the indiscriminate use of the precautionary measure and the non-compliance with its requirements, it may cause damage to the prison system, with regard to its overcrowding.

Key-words: Historic evolution; Precautionary measures alternative to prison; Preventive Prison; Overcrowding of the Penitentiary System.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO: Introdução.1. Evolução Histórica do Instituto da Prisão.1.1 Prisão Cautelar no Brasil. 1.2 A Lei 12.403/11. 1.3 Pacote AntiCrime. 2 A Prisão Preventiva No Brasil. 2.1 Pressuposto para aplicação e hipóteses de cabimento. 2.2 Das infrações que comportam o encarceramento cautelar. 2.3 Da decretação e do sistema recursal. 3 A Prisão Preventiva Como Fator De Superlotação Prisional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico tem como objetivo principal investigar a possibilidade da prisão preventiva ser uma das causas da superlotação do sistema penitenciário no Brasil, através de uma análise da evolução histórica da aplicabilidade desta medida em conformidade com a legislação brasileira.

O cerceamento provisório é medida cautelar de natureza processual que deve ocorrer de modo excepcional, no qual somente deve ser utilizado quando imprescindível à finalidade a que se destina, observando expressamente todos os fundamentos previstos na lei, quais sejam, existência de materialidade, indícios de autoria, perigo na liberdade do agente e o cabimento da medida nas hipóteses previstas no artigo 313 do Código de Processo Penal.

A Lei 12.403 de 04 de maio de 2011 reformou o sistema das prisões cautelares, e trouxe um novo sistema multicautelar, no qual o agente se submete a um status que não implica prisão e ao mesmo tempo não importa em liberdade total, trata-se de uma sujeição às medidas cautelares diversas da prisão.

A prisão preventiva traz propósitos punitivos e respostas imediatas as expectativas sociais no que se refere ao fenômeno crime, tornando-se a presente discussão atual e de suma importância em razão das circunstâncias proporcionadas ao superlotado sistema carcerário brasileiro, que, muitas vezes, possui um grande número de encarcerados sob a ineficaz aplicação do instituto da prisão preventiva.

Visando a ampla abordagem e delimitação do tema apresentado, estruturou-se o presente artigo da seguinte forma: o primeiro capítulo se dedica ao estudo da evolução histórica da prisão preventiva, desde a antiguidade, até as últimas alterações na atualidade.

O segundo capítulo trata da prisão preventiva, os seus pressupostos, hipóteses de cabimento, decretação e às infrações que comportam o encarceramento desta medida cautelar.

O terceiro capítulo, versa sobre a prisão preventiva, como meio da superlotação do sistema penitenciário no Brasil e analisa os dados do Levantamento

Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), que mostram a prisão preventiva como fator de superlotação prisional.

Assim, através da análise do Código de Processo Penal e os conceitos e apontamentos trabalhados pelos doutrinadores acerca da matéria a ser estudada, buscou-se apresentar através desse material científico respostas acerca das questões jurídicas que envolvem a decretação da prisão preventiva, sem o devido cumprimento de todos os requisitos legais e seus reflexos na superlotação do sistema carcerário.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRIA DO INSTITUTO DA PRISÃO

Uma comunidade é formada por indivíduos, que são seres sociais, por natureza, e que submetem a regras impostas pelos próprios grupos para organizar a convivência. A obediência a tais regras de comportamento, se deu através do temor da consequência que a desobediência acarretaria. A imposição de tais regras era exercida pelos próprios membros da comunidade, uma vez que não existia um Estado responsável pela fiscalização.

Com o surgimento do Estado, o direito de punir passou a ser exclusivamente do ente estatal, sendo vedada qualquer manifestação de vingança privada. Assim o Estado iniciou uma organização e estabeleceu quais condutas seriam caracterizadas como fato criminoso e qual seria a sua sanção cominada, visto à necessidade de dar uma resposta justa a sociedade, além do exemplo do que não fazer.

Portanto, surgiu a necessidade de estabelecer penas para reorganizar a sociedade, sendo que a principal pena utilizada na época era a pena de morte, mas, como não correspondia as expectativas de redução da criminalidade, entrou em declínio a partir da segunda metade do século XVIII, tornando-se assim, a prisão uma melhor opção para punição a ser dada pelos Estados.

Segundo Bitencourt (2012 p.32), a prisão era um meio de assegurar a aplicação da pena, reservada àqueles que seriam submetidos aos mais terríveis tormentos exigidos por um povo ávido de distrações bárbaras e sangrentas, sendo aplicadas diretamente sobre o corpo do culpado.

Assim, conforme explicita Rosa (2008) desde o início dos tempos a prisão apresenta um caráter provisório e instrumental, configurando-se em medida processual prévia à pena real a qual deveria ser cumprida nos tempos remotos.

> Dessa forma, antes de a prisão passar a ser instrumento de pena, ela se destinava a reter o condenado até a execução de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sua pena, que era sempre corporal ou infamante. A custódia do acusado como meio de assegurar a aplicação das sanções punitivas antecede historicamente a própria pena privativa de liberdade, posto que esta foi introduzida pelo Direito eclesiástico, como forma de penitência. (ROSA, 2008).

Na idade antiga, a prisão era utilizada essencialmente como uma forma de manter o indivíduo sobre o controle do Estado, mas a sanção penal consistia em pena de morte, castigo corporal e infamante.

Contudo, até o século XVIII, a prisão continuou sendo vista como uma forma de custódia, em que o principal objetivo era preservar a integridade do indivíduo, para fins exclusivamente de caráter acautelatório, visando garantir a execução da pena, ou execução de dívida.

Já na idade média, a prisão passou a ser empregada com maior frequência e sem os critérios de excepcionalidade e substituição anteriores. Os custodiados eram submetidos a diversas formas de maus tratos, com o objetivo de se obter a confissão e com o propósito de permitir ao inquisidor ter o acusado à sua disposição para os fins determinados pelo sistema.

Nesse período a prisão continuava ser um meio de assegurar a aplicação da pena, surgindo a prisão do Estado, que poderiam ser de dois tipos: prisão provisória e a prisão pena, temporária ou perpétua; e a prisão Eclesiástica, direcionadas aos membros da Igreja que não cumprissem suas obrigações.

O Direito Canônico, influenciou positivamente no direito no que tange a prisão mais humana, com ideias voltadas à reabilitação, restauração, visando a privação de liberdade com respeito ao direito fundamental, da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, conforme explana o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2012 p.35)

> De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia se destacar a influência penitencial canônica, que deixou como sequela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso.

Na Idade Moderna, houve um aumento significativo da criminalidade, e a pena de morte passou a não era uma solução tão adequada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo Bitencourt (2012 p.50) a prisão passou a se tornar necessária, nesse período, em virtude do crescimento do número de pessoas que praticavam crimes, consequência histórica do empobrecimento de grande parte da população, que encontrou no crime a única forma de garantir o mínimo de subsistência.

Ainda nesse sentido, remonta Bitencourt (2012 p.51) a existência de uma dominação da burguesia sobre ao proletariado e com isso a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, o que inclui a prisão como um instrumento não apenas penal, mas também, um instrumento de controle social.

No século XVI, iniciou-se o desenvolvimento das penas privativas de liberdade, o que ocasionou a criação de presídios, com o fim de manter os presos abrigados durante o cumprimento da sua pena.

1.1 Prisão Cautelar no Brasil

No Brasil, a prisão cautelar foi inserida no ordenamento jurídico, a partir da legislação da proclamação da independência no ano de 1822. Decorrente da declaração da independência política, no ano de 1824 houve a promulgação da Constituição do Império.

No artigo 179, da mencionada Constituição do Império, ficou determinado que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, sem mandado emanado por juiz, e, mesmo com culpa formada, ninguém poderia ser conduzido a prisão ou nela ser conservado se prestasse fiança, nos casos que a lei permitia.

No Código de Processo Criminal no ano de 1832, a prisão preventiva dependia da ordem escrita da autoridade competente, e era prevista para os casos que a prática de crime não tinha lugar para fiança autorizada.

Com o advento do Código de Processo Penal do ano de 1941, as medidas de prisão foram agravadas, principalmente a modalidade preventiva, que passou a ter a sua admissibilidade ampliada. Com esse novo Código, foi instituída a prisão preventiva obrigatória, que era aplicada aos acusados de crimes cuja pena fosse de reclusão igual ou superior a dez anos.

No mesmo diploma legal, surgiram hipóteses específicas que autorizavam o cabimento da prisão preventiva, descrevendo os elementos de cautelaridade, quais sejas: ordem pública, conveniência da instrução penal e garantia da aplicação da lei penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A legislação processual penal de 1941 trouxe as hipóteses de cabimento da prisão preventiva e os seus pressupostos que autorizam sua decretação. Tais hipóteses sofreram significativas alterações com a novel Lei nº 12.403 de 2011, que confirmou o caráter cautelar da prisão e positivou sua subsidiariedade ao introduzir medidas cautelares do encarceramento que têm preferência na aplicação ao caso concreto.

1.2 A Lei 12.403/11

A prisão preventiva já se conceituava como uma medida cautelar de restrição de liberdade, decretada por ordem escrita e fundamentada por autoridade competente.

Com o advento da Lei 12.403, em 04 de maio de 2011, surgiram novas regras para a prisão e liberdade. A sistemática da prisão processual foi profundamente alterada, trazendo um novo regime, que modifica dispositivos anteriores.

Trouxe a nova lei, hipóteses que justificam a decretação e mecanismos alternativos a prisão cautelar, com a adoção de medidas cautelares e consequentemente a forma de tratamento do acusado.

Determinando também, procedimentos específicos para a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, que devem ser aplicadas em hipóteses emergenciais, subordinados a existência de um processo de julgamento, e a uma futura execução.

Assim, surgiu a possibilidade tanto de decretar a prisão preventiva imediata, quanto de aplicar as medidas cautelares prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal, podendo ainda serem decretadas de forma isolada ou cumulativa.

No artigo 311, o novo texto do Código de Processo Penal, expõe que a prisão preventiva é cabível em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, o qual é decretada pelo juiz no curso da ação, de ofício, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente de acusação, ou por meio de representação da autoridade policial

O artigo 312, não sofreu mudanças no que se refere às condições para a decretação da prisão preventiva, sendo elas: a garantia da ordem pública e ordem econômica, conveniência da instrução penal e assegurar a aplicação da lei. Contudo, acrescentou-se um parágrafo único que traz uma hipótese de decretação subsidiária da prisão preventiva, quando há o descumprimento das medidas cautelares conforme artigo 282, § 4 do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já a redação do artigo 313, foi profundamente alterada, retirando hipóteses que antes autorizavam a prisão preventiva, restringindo-as nos casos de: crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; nos crimes dolosos se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada e julgado; nos crimes que envolvem violência doméstica e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la.

No artigo 314, houve apenas uma correção, na referência do artigo das excludentes no Código Penal, mantendo a proibição na sua decretação, quando o crime for cometido nas hipóteses de excludente de ilicitude.

A redação do artigo 315, foi alterada, mas manteve-se a ideia que prisão preventiva deve ser decretada por decisão devidamente fundamentada. Por fim, o artigo 316, permaneceu de forma integral, afirmando que uma vez sanados os requisitos que determinaram tal medida, o juiz deve revogá-la, como também poderá decretar novamente, se necessário.

Uma situação inovadora trazida pela Lei n. 12.403/11, é que a prisão preventiva deve ser decretada subsidiariamente, quando não for cabível, a sua substituição por outra medida cautelar não restritiva de liberdade.

A prisão preventiva é utilizada como instrumento do juiz em um inquérito policial ou na ação penal, após constatada a existência de crime e indícios suficientes de autoria e materialidade.

1.3 Pacote AntiCrime

Em 24 de dezembro de 2019 foi publicada a Lei nº 13.964 de denominada como Pacote Anticrime, que se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que tem como objetivo aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção.

A lei sancionada trouxe alterações dentro do Código de Processo Penal, principalmente sobre os aspectos da prisão preventiva. Uma das maiores alterações, foi no artigo 311, retirou a expressão "de ofício", ou seja, não podem mais os juízes decretar prisões preventivas sem provocação.

Com a nova redação, a decretação da prisão preventiva só poderá ser feita pelos juízes a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou por representação da autoridade policial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme entendimento do doutrinador Aury Lopes Jr, o pacote anti crime é um reparo da aplicação do sistema acusatório, exposto na Constituição Federal de 1988, em oposição ao sistema inquisitorial, descrito no Código Penal, de 1941. [2]

O texto do artigo 312, do Código de Processo Penal apresenta os pressupostos para a decretação da prisão preventiva. Com a mudança da nova lei, foi acrescentado ao final do referido artigo o pressuposto de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, que expressa, uma adaptação do *periculum libertatis*, que significa perigo da liberdade do acusado, e o *fumus comissi delicti*, a fumaça do direito praticado, ou seja, presunções e indícios de que o crime foi praticado por aquela pessoa.

No mesmo artigo, o parágrafo único, foi transcrito para o parágrafo primeiro, e foi inserido um novo parágrafo. O parágrafo segundo dispõe que a decisão que decretar a prisão preventiva deve ser motivada e fundamentada em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. Assim o dispositivo tem como objetivo evitar que a prisão preventiva seja decretada com base em histórico no passado, mas sim sobre o respectivo delito, sob os fatos novos e contemporâneos.

Quanto ao artigo 313, da mesma legislação, o qual expôs as hipóteses de admissão da prisão preventiva, o seu parágrafo único, foi transcrito para o parágrafo primeiro, e houve a inclusão do parágrafo segundo.

O novo item traz que não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia. Dessa forma, não se admite, a utilização da prisão preventiva como forma maquiada da execução provisória da pena.

O artigo 314, não sofreu alterações, já no artigo 315, no que desrespeito a decisão, foi acrescentada agora a palavra fundamentada, a Constituição Federal expressa que toda decisão judicial deve ser motivada, fundamentada, sob pensa de nulidade, e, portanto, a prisão será ilegal. Assim, a prisão preventiva, como medida excepcional que é somente deverá ser decretada pelo juiz com fundamentação detalhada.

No parágrafo primeiro, do mesmo artigo, foi inserido que, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada, assim, ele não pode decretar a prisão preventiva com base na gravidade abstrata do crime ou passado do criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mesmo dispositivo, foi acrescido por completo o parágrafo segundo que traz em seus incisos exemplos de decisões genéricas, onde não serão consideradas fundamentações válidas para qualquer decisão judicial. Vejamos:

> § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
>
> I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
>
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
>
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão
>
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
>
> V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
>
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

Por fim, o artigo 316, possibilita ao juiz novamente decretar e revogar a prisão preventiva se sobrevierem motivos para tanto, devendo ser interpretado também em alinhamento com as disposições do disposto no artigo 311 do Código de Processo Penal, que permite em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, a decretação da prisão preventiva, o qual agora rejeita a decretação de prisão preventiva de ofício.

A alteração mais importante do artigo 316 do CPP foi o acréscimo de um parágrafo único. Pelo novo dispositivo, o juiz deverá avaliar a necessidade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

continuação da preventiva a cada 90 dias. No entanto, continua não existindo prazo limite para a prisão preventiva, o que existe agora é a exigência do juiz que a decretou revisá-la e se, numa dessas avaliações, considerar que a prisão não é mais necessária, deve decretar a soltura do preso.

2 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

A prisão preventiva está descrita do artigo 311 ao 316 do Código de Processo Penal, é conceituada como uma medida cautelar, restritiva de liberdade, que deve ser decretada subsidiariamente, quando não for cabível, a sua substituição por outra medida cautelar não restritiva de liberdade. Logo, não pode se transformar em antecipação da tutela penal ou execução provisória da pena.

Conforme apresenta a jurisprudência firmada pelo Excelentíssimo Ministro do STF Celso de Mello como relator do Habeas Corpus nº 95.290/SP:

> A prisão cautelar não pode - nem deve - ser utilizada, pelo Poder Público, como instrumento de punição antecipada daquele a quem se imputou a prática do delito, pois, no sistema jurídico brasileiro, fundado em bases democráticas, prevalece o princípio da liberdade, incompatível com punições sem processo e inconciliável com condenações sem defesa prévia.

A prisão preventiva ocorre antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, e tem como finalidade impedir que o indivíduo pratique novos crimes, ou impedir que interfira na apuração dos fatos, através da sua conduta. Ela deve certificar a aplicação da sanção correspondente ao crime praticado e garantir que se concretize o resultado final da demanda.

2.1 Pressuposto para aplicação e hipóteses de cabimento

Para a decretação da prisão preventiva é necessário que estejam presentes os pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Desse modo, para que ocorra o cerceamento da liberdade, é indispensável ter um indício de autoria do crime praticado pelo indivíduo, além de prova de materialidade.

O *fumus comissi delicti*, é a soma da prova de materialidade de um crime e indícios de autoria delitiva, já o *periculum libertatis*, significa a existência do perigo de juízo da persecução penal.

Nesse sentido, as hipóteses de cabimento, devem estar expostas, para que ocorra a privação de liberdade do indivíduo, trazendo o artigo 312 do Código de Processo Penal a seguinte redação:

> 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 e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.

A garantia da ordem pública é um dos fundamentos que o Código de Processo Penal Brasileiro traz para a decretação da prisão preventiva. O artigo em epígrafe, não traz de maneira específica, como o fundamento deve ser aplicado, o que ocasiona irregularidade em sua execução.

A decretação da medida preventiva fundamentada no requisito da garantia da ordem pública envolve juízo de valor por parte da autoridade, fazendo a ponderação entre os danos causados e os resultados auferidos, de modo que verifica se o ônus imposto é proporcional à relevância do bem jurídico que se pretende resguardar.

A inadequada fundamentação da garantia da ordem pública seria uma das principais responsáveis pela superlotação dos presídios, visto que muitas vezes vêm maquiadas como formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social, no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito primordial satisfazer o sentimento de justiça da sociedade, ou ainda, a prevenção especial, assim entendida como a necessidade de se evitar novos crimes.

Verificado o perigo do agente em liberdade, a gravidade do delito, a repercussão e o clamor da sociedade, tal direito de liberdade, poderá ser suprimido em benefício de uma maioria.

O fundamento da conveniência da instrução criminal, muito utilizado aliado ao princípio da prisão preventiva já mencionado o *periculim libertais*, tem como objetivo impossibilitar que o agente em liberdade, pratique algum ato que atrapalhe o andamento do processo, tais como: perturbar a produção de provas, ou ameaça a testemunhas e demais partes envolvidas.

A prisão preventiva poderá ser decretada com objetivo de assegurar a aplicação da lei penal. O mencionado fundamento busca evitar que, o acusado comprometa os efeitos da decisão definitiva aplicada ao final do processo, sendo decretada a prisão cautelar, quando houver indícios que evidenciem a fuga do distrito da culpa.

A garantia da ordem econômica está relacionada a crimes que, sobretudo os lesem ou afetem de forma significativa a ordem financeira, possibilitando a prisão do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

agente buscando evitar a reiteração na prática criminosa e pôr fim à continuidade dos atos ilícitos.

Quando houver o descumprimento das medidas cautelares menos gravosas pelo agente, será aplicada outra medida mais rígida do que a imposta anteriormente, podendo ser decretada a prisão preventiva com fundamento nesta hipótese legal.

2.2 Das infrações que comportam o encarceramento cautelar

Depreende-se da redação do artigo 313 do Código de Processo Penal, que a prisão preventiva apenas poderá ser decretada quando for praticados crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a quatro anos, nos crimes dolosos se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada e julgada, nos crimes que envolvem violência doméstica, e quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser solto após a sua identificação, salvo em hipóteses que a manutenção da medida for recomendada.

A prisão preventiva pode ser decretada em caráter subsidiário, quando outras medidas cautelares não forem cabíveis, nunca com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação, apresentação ou recebimento da denúncia.

2.3 Da decretação e do sistema recursal

A prisão preventiva poderá ser decretada em qualquer fase do processo desde que, fundamentada e requisitada pelas condições do artigo 315 do Código de Processo Penal, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. Durante a fase do processo penal, só poderá ser decretada por provocação dos interessados.

3 A PRISÃO PREVENTIVA COMO FATOR DE SUPERLOTAÇÃO PRISIONAL

O sistema prisional brasileiro enfrenta um enorme transtorno, o aumento da população penitenciária, o que não necessariamente acarreta redução dos índices de violência nem, muito menos, o aumento da sensação de segurança por parte da população. Essa superlotação do sistema carcerário não se deve apenas ao crescimento da criminalidade, mas também, tem relação íntima com diversos fatores dentre eles a prisão preventiva.

A prisão preventiva é uma medida cautelar mais gravosa entre todas as medidas previstas legalmente, que deve ser utilizada em circunstâncias excepcionais. Ainda assim, as penitenciárias superlotadas de supostos culpados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contrariam o disposto na Constituição Federal de 1988 que traz expresso no artigo 5°, inciso LVII o princípio da presunção da inocência, através do qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Dessa forma, através desse princípio basilar que é uma das mais importantes garantias constitucionais, no qual todos os indivíduos da sociedade são considerados inocentes, até que se prove ao contrário, a utilização da prisão preventiva deve ser em casos excepcionais e jamais vista como opção punitiva. No entanto, a jurisprudência brasileira evidencia um fenômeno diferente, em que a prisão preventiva vem aumentando e sendo aplicada como medida de proteção e defesa social.

Para fundamentar o entendimento acima, o Jornal Brasil de Fato, em matéria publicada em 19 de fevereiro de 2020, através das informações levantadas pelo Monitor da Violência, revela que o Brasil tem 710 mil presos, em cadeias com capacidade de 423.389 vagas, uma superlotação de 67,8%.

Além disso, cerca de 31% são provisórios, posteriormente recebendo em sua maioria, penas restritivas de direitos e medidas alternativas ou a decisão foi pelo arquivamento do caso ou pela prescrição da pretensão punitiva. [3]

A legislação vigente não estabelece quanto tempo deve durar uma prisão preventiva, de modo que gera prisões desnecessárias por tempo indeterminado, influenciando diretamente na superlotação do sistema carcerário.

Dessa maneira conclui-se que, a prisão preventiva, que deveria ser tratada como exceção, virou regra, tornando as prisões inconstitucionais e ilegais. O sistema opera com dobro, até o triplo da sua capacidade, tendo a superlotação como um dos seus maiores problemas.

A superlotação do sistema prisional brasileiro possui quase metade de seus indivíduos constituídos por presos provisórios, sem condenação em primeiro grau de jurisdição, o que demonstra a possível má aplicação da prisão preventiva, o que pode se tornar um fator que corrobora para o aumento da população prisional.

Há muitos anos o sistema prisional brasileiro sofre com a superlotação e encontra-se em um verdadeiro estado de falência, as cadeias públicas acabaram se transformando em verdadeiros depósitos humanos, locais de confinamento, sofrimento, tortura e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Um dos mais graves problemas do sistema prisional brasileiro é a superlotação, de acordo com o Levantamento Nacional de Informações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Penitenciárias (INFOPEN), o Brasil possui uma população prisional de 748.009 mil presos, dado do ano de 2019, dentro dos indivíduos presos, 33% não haviam sido julgados e condenados.

A prisão preventiva tem caráter cautelar e deve ser sempre aplicada como medida excepcional, ou seja, pelo princípio da proporcionalidade ela deve ser sempre aplicada como última instância, depois de esgotar as outras medidas diferentes, deve ser decretada efetivamente em um daqueles casos de última medida.

> As penas restritivas de direitos foram criadas com a intenção de proteger a dignidade daquele que pouco ou nenhum perigo oferece à sociedade. Logo, não pode o julgador substituir a pena privativa de liberdade sem nenhum critério, e por isso, o código penal apresenta requisitos legais a serem observados antes de aplicar a "pena alternativa". (MACHADO, 2003, p. 19).

Os presos provisórios são aqueles indivíduos que ainda não possuem condenação definitiva, sem julgamento em primeira instância, contribuindo com a superlotação e a falta de vagas nos presídios, apresentando um déficit de cerca de 287 mil vagas nos presídios brasileiros, segundo dados do Monitor da Violência, que têm como base informações oficiais dos 26 estados e do Distrito Federal feito pelo site de notícias G1. [4]

Outro fator que contribui para a superlotação dos presídios brasileiros são as inconformidades procedimentais, infelizmente muito recorrentes, tais como ausência de oferecimento da denúncia a presos provisórios que estão encarcerados há vários anos, além de prazos vencidos para a progressão do regime e o cumprimento de pena em regime mais grave do que o fixado na sentença.

A ideia que a reclusão do indivíduo é a solução para os problemas correspondentes ao crime e seus agentes, não reflete na redução dos altos índices de criminalidade. Portanto, a aplicação da prisão preventiva, com objetivo de combater a criminalidade não traz o efeito por ela esperado.

Assim, conforme os dados apresentados, percebe-se que a aplicação inadequada da prisão gera efeitos na qualidade do sistema carcerário. A sua utilização de forma cotidiana, sem ser em casos excepcionais e obedecendo todos os requisitos legais necessários, evidenciam a superlotação das cadeias públicas brasileiras.

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A prisão preventiva deverá ser aplicada quando as demais medidas cautelares não forem suficientes e adequadas para a garantia do andamento do processo ou da execução penal.

Entretanto, ainda que esta medida deveria ser decretada em último caso, é possível encontrar decisões que decretam a prisão preventiva, sem a devida análise.

A nossa Constituição garante a liberdade como um direito fundamental, essa garantia individual aliada ao princípio basilar do direito penal, que é a presunção da inocência, garante que o acusado deverá responder o processo em liberdade. Esta é a regra, responder o processo em liberdade, a exceção seria o cerceamento de liberdade, prisão preventiva.

Portanto, se a privação da liberdade do indivíduo é indispensável, esta decisão deve ser corretamente fundamentada.

As prisões preventivas decretadas indevidamente agravam a situação do sistema prisional, que já está extremamente sobrecarregado. Sendo assim, as prisões devem ser decretadas com a devida fundamentação, pois quando isso não ocorre, causa danos tanto na sociedade, superlotando o sistema carcerário, quanto aos indivíduos, abalos na vida pessoal, familiar e mesmo que seja absolvido, não será ressarcido pelo estado por essa violação de seu direito fundamental.

Diante desta realidade, a prisão preventiva deve ser aplicada quando o caso necessite e que a liberdade do indivíduo vá ofender a produção de provas, a inquirição de testemunhas, e os demais andamentos do processo. Cada caso deve ser muito bem analisado, criteriosamente avaliado antes de ser decretado este instituto.

Por fim, defende-se nesse artigo, que a aplicação indevida da prisão preventiva, sem a devida fundamentação, traz abalos na ordem moral, na ordem social e na ordem jurídica. Dessa forma, as aplicações das penas alternativas ou restritivas de direito devem ser esgotadas e só depois a aplicação de pena restritiva de liberdade.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro.** Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas.** 4. ed. São Paulo. Saraiva. 2012, p. 32.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto-Lei nº3.689 de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htmAcesso em: 19-10-2020.

BRASIL. **Constituição da República federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 19-10-2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias** - INFOPEN. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen>Acesso em:19-10-2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 95.290**/São Paulo. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJe 01/08/2012. Disponível em:http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2455191. Acessado em 19-10-2020.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de Inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio.** 6ª. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MACHADO, Diogo Marques. **Penas alternativas**. 07/2003. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5757/penas-alternativas. Acesso em: 30 setembro 2017.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, p.89, 2008.

NORONHA, M. Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSA, Marcelo Iranley Pinto de Luna. **Cautelaridade da prisão preventiva.** Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-cautelaridade-da-prisao-preventiva/7442 >. Acesso em: 19-10-2020.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOTAS:

2. Possui graduação em Direito pela Faculdade UNIRG-TO; Especialização "lato-sensu" em Direito Processual Civil e Penal(2006) e em Direito Público (2007) pela Faculdade FESURV-GO; Mestrado em Direito pela Universidade de Marília-SP (2010); Doutorado em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais(2017). Atua como advogada no estado do Tocantins e como Professora no curso de Direito da Católica do Tocantins. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Civil e Direito Processual Civil. E-mail: emanuelle@catolica-to.edu.br

3. https://www.conjur.com.br/2019-dez-27/pacote-anticrime-acaba-decretacao-preventiva-oficio; Acesso em 19/10/2020.

[3] https://www.brasildefato.com.br/2020/02/19/brasil-tem-710-mil-presos-em-cadeias-que-comportam-423-mil-31-nao-foram-julgados; Acesso em 19/10/2020.

[4] https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/02/19/em-um-ano-percentual-de-presos-provisorios-cai-no-brasil-e-superlotacao-diminui.ghtml; Acesso em 19/10/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

SEPARAÇÃO DE PODERES: UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E ANALISE SOBRE A ATUAL DESARMONIA ENTRE OS PODERES

BRUNO SANTEIRO DOS SANTOS:
Bacharelando pelo Centro Universitário Luterano de Manaus, Am – Brasil

RESUMO: A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1°, parágrafo único, nos traz que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, e no artigo segundo trata dos poderes da união, o Executivo, Legislativo e Judiciário, poderes independentes e harmônicos entre si. Poderes esses de titularidade do povo, mas exercido de forma representativa, e divididos para que não haja concentração de poder e o Estado Democrático de Direito possa ser exercido por todos. A separação de poderes consagrada pela nossa constituição parte de ideias de pensadores como Aristóteles, Charles de Montesquieu e John Locke, onde parte do princípio que a separação de poderes é visto como um instrumento de garantia da liberdade individuais contra os abusos de poder do Estado, como se via antes no modelo de Estado Absolutista. Apesar do mecanismo de freios e contra pesos legitimados na constituição, não há de se falar em subordinação pois os poderes continuam sendo independentes e harmônicos, harmonia essa que nos tempos atuais não é vista diante dos interesses incomuns e da polarização política que afeta não somente o povo mas também diretamente nos poderes da república, tornando a harmonia entre os poderes cada vez mais longe da harmonia consolidada na nossa constituição federal.

PALAVRAS CHAVES – Separação de Poderes, Desarmonia, Controle Reciproco.

ABSTRACT: The Constitution of the Federative Republic of Brazil in its first single paragraph article, brings us that all power emanates from the people, who exercise it through elected representatives, and in the second article deals with the powers of the union, the Executive, Legislative and Judiciary, powers independent and harmonious with each other. These powers are owned by the people, but exercised in a representative way, and divided so that there is no concentration of power and the Democratic Rule of Law can be exercised by all. The separation of powers enshrined in our constitution stems from the ideas of thinkers like Aristotle, Charles de Montesquieu and John Locke, where it assumes that the separation of powers is seen as an instrument of guaranteeing individual freedom against abuse of state power, as previously seen in the Absolutist State model. Despite the mechanism of brakes and against legitimate weights in the constitution, there is no need to talk about subordination because the permanent independent and harmonious powers, a harmony that is not seen in the present times in the face of unusual interests and political polarization that affects not only the people but also directly in the powers

of the republic, making the harmony between the powers increasingly far from the consolidated harmony in our federal constitution.

KEY WORDS - Separation of Powers, Disharmony, Reciprocal Control

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A ORIGEM DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1.1. PRINCIPIOS QUE NORTEIAM A SEPARAÇÃO DOS PODERES. 1.2. A SEPARAÇÃO DOS PODERES E AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS. 2. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS. 2.1. O SISTEMA DE FREIOS E CONTRA PESOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 3. FUNÇÕES TIPICAS E ATIPICAS DOS PODERES. 3.1. O PODER LEGISLATIVO. 3.2 O PODER EXECUTIVO. 3.3. O PODER JUDICIÁRIO. 4. A FALTA DE HARMONIA ENTRE OS PODERES. 4.1 A POLARIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO. 4.2. O PROTAGONISMO DO PODER JUDICIARIO. 4.3. AS DIFICULDADES E LIMITAÇÕES DO PODER EXECUTIVO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1.A Origem da Separação dos Poderes

A teoria da separação de poderes ou a tripartição de poderes como também é conhecida, surgiu na antiguidade grega, com o Filósofo Aristóteles, que identificou a existência de três atribuições distintas que exercia o poder soberano do rei: a função de elaborar as normas (função legislativa), a de dar aplicabilidade às normas a casos concretos (função executiva) e a função de resolver conflitos com julgamentos e aplicação das penas (função judiciária). Aristóteles contribuiu para a identificação das funções que exercem o estado e percebeu que o exercício que dessas atribuições por apenas uma pessoa seria bom para o Estado, mas ele mesmo nunca a chegou à conclusão de que essas funções poderiam ser exercidas de forma separada, até porque em sua época imperava a absoluta concentração de poder e não podia se imaginar que aquelas funções poderiam ser divididas.

> No século XlV surge um regime chamado de Absolutismo onde todo o poder se concentrava no rei, que detinha a soberania e muitas vezes se confundia com o próprio Estado, se tornando o então chamado de Estado absolutista. O rei tinha o apoio das maiores forças da época que eram a burguesia e a igreja, onde exercia o monopólio do poder, da força e da justiça. (FERNANDO, 2018, P.8)

Mas o Estado absoluto passou a ter sua atuação questionada no século XVIl, quando nasceu o movimento chamado de Feminista que buscava a valorização da sociedade, da ciência e da vida, século que os reis absolutos passaram a ser vistos de outra forma, por pessoas que buscavam a liberdade, igualdade e fraternidade ideais da Revolução Francesa.

O Iluminismo iniciou-se no século XVII, e foi um movimento que levava a burguesia a buscar uma maior liberdade civil para a classe prosperar vivendo em Estado constitucional e não mais Absoluto, a partir daí o alto clero teve sua queda gradualmente, sobrepondo sobre si a burguesia. Nascia então um dos grandes pensadores e idealista do liberalismo político o inglês John Locke, que se colocava contra os regimes absolutistas da época.

Então nascia um dos maiores pensadores e idealista do liberalismo político o inglês John Locke, que foi um dos primeiros responsáveis pela divisão dos poderes, que via a divisão destes em órgãos que atuassem em funções diferentes, mas fundamentais no exercício do poder do Estado.

> Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao parlamento. A função executiva exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se de função federativa quando se tratasse do poder de guerra e paz, de ligas e alianças que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como "o poder de fazer o bem público sem se subordinar às regras". (MARTINS, 2017, p.1311)

John Locke defendia um governo com limitações, que exercia suas atividades mediante um contrato com o povo que lhe outorgava o poder, onde a qualquer momento e por vontade do povo poderia ser destituído. Esse contrato seria uma espécie de constituição se seria criada e assinada por ambos para que o rei pudesse governar. Locke defendia a separação dos poderes que o rei detinha, e que o mesmo não poderia exercê-los em conjunto, a função do rei para Locke seria apenas a do executivo, função essa para ele menos importante, já que para ele o legislativo era o poder mais importante que vai de encontro ao progresso social e contra o absolutismo.

A teoria dos iluministas que marca a época e que traz melhorias a teoria de John Locke e a teoria do Francês Charles Montesquieu que criticava a acumulação do poder em uma única pessoa, pois tende a se corromper se não encontrar limites, e a partir dessa ideia Montesquieu definiu que o poder só poderia ser eficaz se seu exercício fosse distribuído para órgãos diferentes e independentes entre si.

Mas foi com Montesquieu que a teoria da separação de poderes foi concebida como um sistema em que estão presentes, um legislativo em executivo e um judiciário, e com poderes independente e harmônicos entre si, configuração que apareceu em praticamente todas as constituições a partir do final do século XVIII.

> Montesquieu desde o início indicava sua observância para atuação separada e independente dos poderes, identificando a competência de cada um e sua total independência, mas contudo deveria haver um controle recíproco de poder para poder, um controle de atuação, visando possíveis arbitrariedades de um poder, esse controle seria uma limitação imposta de um poder sobre o outro poder, não se trata de subordinação e sim de uma medida que busca proteger o povo de uma possível hegemonia de um poder sobre os outros, surge a partir daí a ideia do que é chamado hoje de sistema de freios e contrapesos. (PAULO, ALEXANDRINO, 2008, p.382)

Com isso Charles Montesquieu estruturou a divisão dos poderes em Legislativo que edita as leis, que deveria ser escolhido pelo povo e dividido em duas câmaras onde a câmara altas representava os nobres e a câmara baixa representava o povo onde cada uma limitava a atuação da outra, Executivo que executa as lei e podia ser exercido pelo Rei e Judiciário que faria os julgamentos e aplicava as sanções.

A teoria de Montesquieu se deu contraria as então utilizadas pelo absolutismo, e se consolidou no mundo a partir da Revolução Francesa, desde então o princípio da separação de poderes está vinculado ao constitucionalismo no que se trata de estrutura e funcionamento dos Estados.

1.1 Princípios que norteiam a separação dos poderes

A constituição de 1988 traz em seu artigo 2° dois princípios que regem a separação dos poderes, são eles a Independência e a harmonia. Esses princípios dão o caminho para o sucesso do modelo, primeiramente a independência como o próprio nome já fala, busca a não interferência indevida na atuação de um poder sobre o outro, para não haver o risco de um poder ser maior que o outro ou agir de forma arbitrária.

> Não pode o poder judiciário examinar as matérias regimentais do Poder Legislativo, sendo estas matérias *interna corporis,* como já decidiu o STF; "é defeso ao Poder Judiciário questionar os critérios utilizados na convocação de sessão extraordinária para eleger membros de cargos diretivos, que observou os critérios regimentais da Casa das leis, não podendo adentrar no juízo de pertinência assegurado àqueles que ocupam um cargo eletivo na câmara de vereadores. A convocação de sessão extraordinária pela edilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> configura *interna corporis,* não passível, portanto, de revisão pelo Poder Judiciário, maculando-se o princípio da separação de poderes, assegurado no artigo 2° da constituição (SL 846-AgR, Rel. min Ricardo Lewandowski). (MARTINS, 2017, p. 1322)

Com esse exemplo podemos identificar a importância da preservação da independência entre os poderes, e prezando por isso a carta magna trouxe em observância a essa independência a possibilidade dos poderes ter além de suas funções típicas de essência do órgão, também pode os poderes exercer funções atípicas visando a sua organização administrativa e outras atividades, assim atuando sem a necessidade do auxílio ou interferência de outro pode. A não interferência não é absoluta, pode sim haver uma interferência de um poder sobre o outro, mas diante uma ilegalidade ou através do controle recíproco, interferências essas legitimadas pela constituição.

O princípio da Harmonia trata da convivência entre os poderes, onde se deve preservar as prerrogativas de cada poder, respeito às normas constitucionais e gerais e o trabalho voltado ao interesse público, prezando pela harmonia diante dos controles exercidos um sobre o outros através do mecanismo de freios e contrapesos entendendo a legitimidade desse exercício, pois como falado anteriormente a independência não é absoluta. A doutrina entende que o sistema de freios e contrapeso é usado para evitar o arbítrio de um poder e também para assegurar o equilíbrio e harmonia entre eles, como diz o Professor Marcelo Alexandrino, é importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento do outro quando bem entende, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprios texto da constituição, destinados a assegurar a Harmonia e o equilíbrio entre os poderes.

Alguns doutrinadores destacam a indelebilidade como princípio da separação dos poderes, pois não há a possibilidade de manter a independência entre os poderes se tivesse a possibilidade de delegação de funções, contudo há exceções como por exemplo da lei delegada, onde o congresso nacional delega ao Presidente da república a possibilidade de fazer uma lei sobre um assunto específico, artigo 68° da constituição.

1.2 A Separação dos Poderes e às Constituições Brasileiras

No Brasil também foi adotado o princípio da Separação dos Poderes, e esse modelo foi evoluindo em nosso ordenamento Jurídico até a Constituição atual de 1988. A primeira constituição surgiu em 1824 logo após o Brasil deixa de ser colônia de Portugal, a nossa primeira constituição já previa a separação dos poderes e ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

previa uma existência de um quarto poder, chamado de "Poder Moderador", juntamente com os já conhecidos Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Poder Moderador criado pela constituição de 1824 era atribuído ao Imperador que tinha o dever de zelar pela Harmonia entre os poderes, dentro de suas atribuições também consagrava a modificação de penas impostas pelo judiciário, nomeações, convocações para assembleias, entre outras voltadas para manter a Harmonia que até hoje é buscada para o perfeito funcionamento do Estado. O fato da existência desse quarto poder moderador era visto de forma prejudicial, já que o mesmo tinha um acúmulo de poderes dados pela constituição para exercer a sua função, o acúmulo de poderes como vimos anteriormente criticado por Montesquieu e John Locke.

> No Brasil, etapas foram puladas em relação ao envolvimento da população na vida pública. Isso se deve ao fato de o Brasil colônia ter sido promovido a Império com a vinda da família real portuguesa em 1808 e ao fato de a independência ter sido decretada por um monarca. (FERNANDO, 2018, p.21)

A constituição de 1891 já não previa o poder moderador que foi extinto após o fim do período imperial e a proclamação da República, com isso a constituição de 1891 tinha uma característica mais bem vista diante da separação dos poderes, com presidencialismo como forma de governo e o federalismo como forma de Estado, um outro marco nessa constituição foi a consagração do processo de impeachment, que seria uma das formas de controle recíproco conhecido nos tempos atuais.

A constituição de 1934 trouxe poucas novidades, continuava com a separação de poderes mas dava uma força maior ao Executivo, com prerrogativas não prevista na anterior e com uma proibição imposta ao judiciário diante a exercícios em atividades políticas, a vigência da Constituição de 1934 foi curta pois logo em 1937 veio uma nova Constituição do Estado novo onde Getúlio Vargas, no poder, revoga a constituição de 1934, dando início a um chamado período ditatorial, que fortaleceu ainda mais o Chefe do Poder Executivo onde o artigo 73 declarava sua autoridade suprema, e em outros artigos como 75, 96 e 170 davam prerrogativas que se sobressai aos outros poderes, criando um status de Poder Supremo como a mesma consagrava, prerrogativas estas que prejudicava ainda mais a harmonia entre os poderes de onde vieram várias críticas na época e visto que a própria constituição não previa a harmonia entre os poderes. O artigo que mais afetava a separação dos poderes era o 75 que dava a prerrogativa do Presidente da República o poder de convocar e dissolver o congresso, convocação essa que nunca ocorreu.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a promulgação da constituição de 1946 o Brasil volta a aderir a separação de poderes de maneira mais harmoniosa, em seu artigo 36 previa sua harmonia e independência, em 1961 uma emenda constitucional estabelece o parlamentarismo como sistema de governo, buscando reduzir os poderes do Chefe do Executivo , exercido pelo então presidente João Goulart, sistema que logo em seguida seria rejeitado por um plebiscito, voltando País ao sistema presidencialista.

Em 24 de janeiro de 1967 é promulgada uma nova constituição inspirada na carta magna de 1937, que se destaca pela forte preocupação com a segurança nacional novamente centralizando poder no chefe do executivo, e nada se preocupando com a separação dos poderes, sua harmonia e independência. A constituição teve pouca duração diante da EC n°1/1969 que apesar de ser uma emenda a constituição era vista pelos constitucionalistas como uma nova constituição com o fim do período ditatorial, que trouxe novas instituições ao controle do poder e com a EC n°26 de 27/11/1985, foi convocada a Assembleia Nacional Constituinte que resultou na nossa constituição atual de 1988.

O Brasil em todos esses períodos teve a experiências de vários sistemas de governo, e que deixou ainda mais claro a importância da separação dos poderes que devem ser independentes e harmônicos entre si para a condução do Estado, a constituição de 1988 foi um marco histórico que veio a consagrar novamente e agora com mecanismos que visam assegurar a separação, independência e harmonia entre os poderes tratados agora como cláusulas pétreas. Para fortalecer tudo isso a constituição de 1988 destaca em seu texto as funções típicas e atípicas que os poderes possuem para preservar sua independência e também o mecanismo chamado de sistema de freios e contrapesos para que haja um controle recíproco de suas atribuições para nenhum se sobrepor diante do outro, buscando a harmonia consagrada na constituição.

2 O Sistema de Freios e Contrapesos

Com a consolidação da Separação dos Poderes do Estado e serve para evitar que um poder se sobreponha aos demais, esse sistema teve a sua origem atribuída a Montesquieu que foi o primeiro a consagrar o sistema em sua Obra " O espírito das Leis". O Sistema permite que um órgão limite a atuação do outro, através de um controle recíproco buscando um equilíbrio entre os poderes e diminuindo a possibilidade de atuações arbitrárias de um poder.

> O sistema de freios e contrapesos foi utilizado inicialmente na Inglaterra através da relação entre a câmara dos lordes, ajustando os projetos de leis da câmara dos comuns, entretanto foi a prática do sistema se consolidou na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> constituição Americana onde ganhou destaque e tem sido utilizada até os dias atuais. (MARTINS, 2017, p. 1327)

Com isso esse sistema é legitimado pela própria constituição que permite que os poderes façam um controle recíproco e fiscalizem a atuação de um poder sobre os outros e onde nenhum possa ser maior que o outro e nem interfira na atuação do outro.

2.1 O Sistema de Freios e contrapesos consagrado na Constituição de 1988

Em nossa Constituição de 1988 prevê os controles recíproco que serão realizados entre os poderes, controles sobre critérios objetivos que podem ser divididos em quatro modalidades: controle de cooperação, controle de consentimento, controle de fiscalização e controle de correção. O controle de cooperação se dá através da participação obrigatória de um poder no exercício de função do outro, onde um só poderá exercer sua atividade se o outro poder participar, um exemplo seria o artigo 52 parágrafo único que trata da participação do Presidente do Supremo tribunal federal para presidir os julgamentos do Presidente, vice e ministros de estado e ministros do judiciário, já o controle de consentimento é realizado para dar eficácia a certos atos típicos de outro poder, como exemplo o artigo 49,III que trata da autorização ao Presidente e Vice se ausentar do País por mais de 15 dias.

O controle de fiscalização é o controle exercido através dos exames e vigilâncias de um poder sobre o outro, que visa identificar as possíveis ilegalidades exercidas pelo outro poder essa é uma das atribuições do Poder legislativo, mas que em alguns casos também poderá ser exercido pelos outros poderes. E por último o controle de correção que trata da possibilidade de um poder sustar ou desfazer um ato praticado pelo outro poder, esse controle é um controle mais rígido exercidos pelos poderes no que tange os controles, pois atinge diretamente a atuação de um poder, onde a constituição legitima a possibilidade de outro poder sustar atos de um poder eivado de vícios de ilegalidades ou legitimidade.

> Segundo a constituição brasileira de 1988 prevê várias hipóteses de interferência recíproca entre os três poderes: a) o executivo pode vetar projetos de lei aprovados pelo legislativo (Art. 66, p1°, CF); b) o poder legislativo pode rejeitar medidas provisórias editadas pelo poder executivo (Art. 62°, CF), c) o legislativo julga o executivo (Art.52°, I); d) o judiciário pode declarar lei do legislativo inconstitucional (Art.97°, CF), e) executivo escolhe os ministros do STF (judiciário) com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> participação do legislativo (Art.101° pu). (MARTINS,2017, p.1328)

São vários os exemplos de controles recíproco na atual constituição, iniciaremos pelo controle exercido pelo executivo sobre o outros poderes, primeiramente falaremos sobre o controle exercido sobre o poder judiciário, são eles: 1) a escolha dos ministros do Supremo tribunal federal, com a participação do Senado Federal, artigo 101 da constituição esse seria um dos maiores controles exercidos pelo executivo sobre o judiciário.. 2) A possibilidade do veto do poder executivo a projetos legislativos e lei orçamentária do poder judiciário artigo 84, v, da constituição. 3) A faculdade para concessão de indultos de penas como forma de correição de atividade jurisdicional, artigo 84, XII da constituição.

Já o controle exercido pelo executivo sobre o legislativo são: 1) O poder do veto sobre a elaboração de leis do legislativo previsto no artigo 66, p1°, da constituição seria o maior dos controles exercidos sobre o legislativo, pois o controle vai diretamente em uma das prerrogativas do legislativo que é a elaboração de leis, e esse veto mesmo que podendo ser derrubado pelo próprio legislativo torna um ato rigoroso e de controle exercido pelo poder executivo para que o outro poder venha a repensar o projeto de lei vetado, como um controle de correição por parte do poder executivo.

Os exemplos de controle exercidos pelo poder Legislativo previstos na constituição de 1988 são: sobre o executivo 1) Uma das atribuições do poder legislativo é o da fiscalização, essa fiscalização sobre o poder executivo já é um dos controles exercidos pelo poder legislativo sobre o poder executivo, essa fiscalização tem como base alguns incisos do artigo 49 da constituição que destaca as formas de fiscalização exercida pelo poder legislativo sobre o executivo, o artigo também destaca os casos que o controle é de consentimento e correição como é o caso dos incisos IV e V, vejamos os incisos que destacam esses controles, segundo a Constituição Federal do Brasil de 1988:

> **Art. 49.** É da competência exclusiva do Congresso Nacional:
>
> I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;
>
> II - autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;

III - autorizar o Presidente e o Vice-Presidente da República a se ausentar do País, quando a ausência exceder a quinze dias;

IV - aprovar o estado de defesa e a intervenção federal, autorizar o estado de sítio, ou suspender qualquer uma dessas medidas;

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

VIII - fixar os subsídios do Presidente e do Vice-Presidente da República e dos Ministros de Estado, observado o que dispõem os arts. 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I;

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

XII - apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão;

XIV - aprovar iniciativas do Poder Executivo referentes a atividades nucleares;

2) O legislativo pode também conforme artigo 50, convocar para suas comissões Ministros de Estados ou quaisquer outros subordinados ao presidente da república para prestar pessoalmente informações sobre assuntos previamente determinados, importando crime de responsabilidade sua ausência injustificada. 3) O Legislativo ainda pode rejeitar medida provisória do executivo conforme artigo 62 da constituição. 4) O controle do poder legislativo sobre o Executivo é tão participativo que o legislativo ainda detém a atribuição legitimada pela constituição no artigo 52 da constituição, o julgamento do Presidente da república por crimes de responsabilidades, esse controle trata-se de um dos controles mais extremos quando se trata do sistema de freios e contrapesos consagrado na constituição onde um poder pode interferir diretamente no outro chegando ao ponto de julgar e condenar a perda do cargo de um chefe do poder outro poder.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O controle do poder Legislativo diante do poder judiciário se dá a parte de: 1) O poder legislativo aprovou para a nomeação do poder executivo a escolha dos ministros do supremo tribunal federal conforme artigo 101 parágrafo único da constituição. 2) Processar e julgar ministros do supremo tribunal e dos membros do conselho nacional de justiça conforme artigo 52, inciso I da constituição, de forma semelhante ao controle sobre o chefe do executivo, o legislativo também tem a atribuição de processar e julgar os membros do Supremo tribunal federal.

No que tange o controle exercido pelo Judiciário sobre o Executivo 1) a constituição traz em seu artigo 5°, inciso XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário a lesão ou ameaça ao direito; diante disso o Judiciário poderá anular os atos do poder Executivo eivado de vício de legalidade.

> Quanto ao controle feito pelo judiciário: anulação deve ocorrer quando há vício no ato, relativo a legalidade ou legitimidade (ofensa à lei ou ao direito como um todo). É sempre um controle de legalidade, nunca um controle de mérito. O judiciário através do controle de cooperação juntamente com o legislativo tem o controle sobre o chefe do executivo diante de crime de responsabilidade como trata o artigo 52, parágrafo único, onde presidira o julgamento do chefe do executivo, e também julgará o chefe do executivo diante de um crime comum com anuência do legislativo. Outro controle exercido pelo judiciário através de ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) propostas por legitimados, o judiciário poderá declarar inconstitucional norma que afronte a constituição e exigir do executivo providências necessárias diante de omissão conforme artigo 103, parágrafo segundo. (PAULO, ALEXANDRINO, 2008, p. 411)

O controle exercido pelo judiciário perante o legislativo vai diretamente em uma das principais atribuições do legislativo que são 1) a edição de normas, o Supremo tribunal federal o órgão máximo do judiciário tem como principal atribuição consagrada na constituição é a defesa da própria constituição e seus preceitos fundamentais. Com isso o Supremo tribunal federal protege a constituição de normas que afronte o texto constitucional através do controle de constitucionalidade conforme artigo 102, inciso I, julgando e declarando inconstitucional leis aprovadas pelo legislativo exercendo um controle de correção.

Esses são os controles usados no sistema de freios e contrapesos consagrado na constituição federal de 1988 que permite que os poderes façam um controle recíproco e fiscalizem a atuação de um dos outros e que nenhum possa ter maior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

poder que o outro e nem interfira na atuação do outro, onde de acordo com a constituição os poderes devem prezar pela independência e harmonia.

3 Funções típicas e atípicas do Poderes

Os Poderes da república com o princípio da separação dos poderes a constituição definem a cada um dos três órgãos uma função típica como sua função principal, isso se dá por que cada órgão também exerce uma função acessória chamada de função atípica, usada geralmente para atingir sua finalidade.

> A distinção entre os poderes não pode ser feita de forma orgânica, rígida. No passado dizia-se: o poder legislativo é aquele que legisla, o judiciário e aquele que julga e etc. Embora, em parte, esse critério não seja errôneo ele é incompleto e impreciso. Isso porque cada poder exerce uma função principal que normalmente lhe dá o nome. (MARTINS, 2017, p.1325)

O poder judiciário por exemplo, tem como função principal (função típica) julgar (aplicar a leis em casos concretos) função jurisdicional etimologicamente já demonstra isso: *juris dictio* significa dizer o direito. Mas o judiciário também exerce as outras funções de forma secundária, subsidiária, atípica.

Então entendemos que os poderes exercem suas funções principais típicas de sua natureza, mas não obstante exerce funções subsidiárias, atípicas. funções essas de características de outros poderes, que visam na maioria das vezes o exercício da sua atribuição constitucional e em outras para exercer o controle sobre o outro poder.

3.1 Poder Legislativo

O Legislativo possui como funções típicas a de legislar e fiscalizar, o processo legislativo se dá conforme as regras contidas na constituição, podendo dispor sobre todas as matérias de competência da união conforme trata o artigo 48 da constituição e de fiscalizar os atos do poder Executivo tanto da administração direta quanto da administração indireta, através da apreciação das contas fornecidas anualmente pelos órgãos e pelo próprio poder Executivo conforme previsto no artigo 49, 70 e seguintes da constituição, essa fiscalização possui o auxílio do tribunal de contas da união conforme prevê a carta magna em seu artigo 71.

> As funções típicas do poder legislativo são de legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa cabe a ele, obedecida as regras constitucionais do processo legislativo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> elaborar normas jurídicas gerais e abstratas. Em cumprimento da função fiscalizadora, cabe ao congresso nacional realizar a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, operacional e patrimonial do poder executivo (CF, art.70), "Fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas casas, os atos do poder executivo, incluindo os da administração indireta (CF, Art.49,X), bem como investigar fato, determinado por meio de criação de comissões parlamentares de inquérito - CPI (CF, art.58,p3°). (PAULO, ALEXANDRINO, 2008, p. 386)

As Funções atípicas do poder legislativo correspondem a administração interna do congresso nacional, onde pode dispor de seu orçamento, criação de cargos públicos nas casas, nomeação e exoneração de servidores, e julgamento deles em processo administrativo conforme artigos 51 e 52 da constituição. Outra função atípica e relevante são os casos já mencionados no controle recíproco entre os poderes, onde o legislativo tem a atribuição de julgar infrações cometidas pelo chefe do executivo e seus ministros e julgar infrações cometidas pelos ministros do judiciário.

O congresso nacional é o órgão que exerce as funções legislativas no âmbito da união, a constituição de 1988 regulamenta o bicameralismo, onde se divide o poder legislativo em duas casas, a câmara dos deputados que representa o Povo e o senado federal que representa os estados conforme trata a constituição em seus artigos 45 e 46.

3.2 O Poder Executivo

O executivo é um dos poderes da república que tem como principal função a de gerenciar o Estado e representá-los em duas relações internacionais, isso se dá pelo fato do Brasil adotar o presidencialismo como sistema de governo desde a constituição de 1891 até a constituição atual de 1988, que faz com que concentre na figura do Presidente da república a chefia monocrática do poder Executivo, tornando ele o chefe de estado e o chefe de governo. E como falado anteriormente a função típica do poder executivo é a de administrar o estado e representá-lo nas relações internacionais,

A doutrina destaca as funções típicas do executivo como administração do estado através de políticas públicas, administração do patrimônio público, gestão de recursos para o fomento e prestação de serviços públicos entre outras funções relacionadas administração pública, o executivo é o gestor que conduz o Estado, tanto nos interesses público local como os interesses público internacional, tudo isso de acordo com as normas constitucionais e gerais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> O poder executivo tem como função típica, no Brasil, administrar, e como atípicas, legislar e julgar. No caso do Presidente da república, além de administrar, sua função típica é representar o país externamente, já que além de chefe de governo e chefe de estado. (MARTINS, 2017, p.1325)

O Executivo possui importantes funções atípicas e necessárias para uma chefe de estado para tomar medidas urgentes, como o caso de legislar com a edição de medidas provisórias que possuem força normativa imediata, também pode o executivo editar decretos que dão executoriedade as leis criadas pelo legislativo e propor leis através de projetos de lei enviados ao congresso nacional para aprovação conforme artigo 84 e incisos. As funções atípicas do executivo também se dão como no legislativo para a fiel organização e funcionamento dos seus órgãos, através de elaboração de regimentos interno e julgamentos através de processo administrativo de seus respectivos servidores.

3.3 O Poder Judiciário

A função típica do poder judiciário é a jurisdicional, ou seja, julgar aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses. O judiciário, porém, como os demais poderes, possui outras funções, denominadas como atípicas, de natureza administrativa e legislativa.

> O Poder judiciário é um dos poderes clássicos previstos pela doutrina e consagrado como poder autônomo e independente de importância crescente no Estado de direito, pois, sua função não consiste somente em administrar a justiça, sendo mais, pois seu mister é ser o verdadeiro guardião da Constituição, com a finalidade de preservar, basicamente, os princípios da legalidade e igualdade, sem os quais os demais tornar-se-iam vazios (MORAES, 2017, p. 363).

As de natureza administrativa por exemplo, concessão de férias aos seus membros e serventuários; prover, na forma prevista na constituição, os cargos de juiz de carreira na respectiva jurisdição. São de natureza legislativa a edição de normas regimentais, pois compete ao judiciário elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.

4 A falta de harmonia entre os Poderes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A anos que não se via uma desarmonia tão frequente como é vista atualmente, artigos tentam explicar o que vem acontecendo, uns falam de polarização política atingindo e politizando o legislativo, outros veem a atuação arbitrária do poder judiciário como o principal problema e há também críticas a incapacidade do poder executivo gerenciar o Estado em consonância com os poderes, e há quem fale na falta de preparo e entendimento dos preceitos harmônicos contidos em nossa carta magna.

> Também deve-se esclarecer, a má interpretação do texto constitucional vem causando transtornos e inseguranças, a despeito dos freios e contrapesos, que busca o equilíbrio na relação entre os poderes, onde um possa ser fiscal do outro, o que tem ocorrido é que no exercício desse direito constitucional de fiscalização de um poder sobre o outro, tem se visto é uma quebra de competência e invasão do campo das atribuições acima do limite do razoável. (LUIS, MOREIRA, 2019, p.7)

Essa desarmonia vem causando prejuízos no funcionamento do Estado e consequentemente no seu desenvolvimento, como um País pode desenvolver suas atividades sociais e econômicas com problemas em seus Poderes, onde cada um tem um problema com o outro e não há busca pela harmonia visando o bem de todos.

Todos sabem que cada poder tem sua importância, e se um não está bem os outros são afetados, é uma cadeia, pois o Poder do Estado é um só, divido em funções, e sua harmonia é um dos pilares do princípio da separação dos poderes, a carta magna já previa a situação em que vivemos, e ela impõe que os poderes preservem a sua independência e Harmonia para o bem o Estado e interesse público.

A questão é a quem recorrer quando falta essa harmonia, nossa atual carta magna não previu essa situação atual em que vivemos, será que há a necessidade da volta do poder moderador, e esse poder poderia ser atribuído ao Povo, o único e legitimo detentor do poder do Estado.

4.1 A polarização do Poder Legislativo

O poder legislativo tem como principais atribuições a elaboração de normas e a de fiscalização, ambas atribuições voltadas para o interesse público, o congresso nacional é lotado de deputados federais que representam o povo e do senado federal que representa os Estados conforme texto da constituição em seus artigos 45° e 46°. As atribuições do legislativo é pautado diretamente no interesse público e da sociedade, mas o que tem ocorrido em diversas votações e ações dos

congressistas é o contrário disso, o interesse público é muitas vezes deixado de lado e o que se vê e o agir voltado aos interesses pessoais e ideológicos, projetos sendo reprovados apenas por ser proposto por um adversário político, indicando a falta respeito com o interesse público, e deixando claro a disputa política mesmo após as eleições. E legítimo na democracia a discordância em certos pontos, é saudável, mas a discordância em todos os pontos abre o questionamento se o interesse de alguma das partes realmente é o público.

Os dados demonstram que o Legislativo tem mudado parcialmente todos os projetos propostos pelo poder Executivo como exemplo recente a emenda constitucional 103 que trata de novas regras de previdência social, onde o governo levou uma proposta que objetivava uma economia de R$ 1,2 trilhão e o congresso diminui essa economia para R% 855 bilhões com mudanças no projeto inicial. E conforme levantamento do senado federal 10/01/2020, em 2019 o executivo editou 48 medidas provisórias, um número grande de medidas editadas em comparação aos governos anteriores, e das 48 apenas 13 foram aprovadas e 24 sequer foram analisadas até aquela data, isso corresponde a um índice de apenas 27% das medidas que são consideradas urgentes para o Executivo que são aprovadas pelo Legislativo, outro índice importante a ser destacado é a quantidade de vetos que foram rejeitados conforme dados do congresso nacional chegam a 29%, o que nunca aconteceu com os governos anteriores, sem contar as 58 ações diretas de inconstitucionalidade feitas por partidos políticos contra leis ou atos normativos editados pelo Executivo. Os números demonstram a proporção da falta de harmonia entre o Legislativo e o Executivo que vem causando dificuldades ao executivo que também tem sua parcela de culpa e não consegue administrar o estado como todos esperam.

O legislativo também tem suas indisposições com o judiciário, atualmente a polarização leva o indivíduo a ver até os órgãos do judiciário como seu adversário político. Isso ocorre inicialmente quando um membro da alta corte do judiciário vem a público comentar sobre sua opinião política, o que não é bem visto tanto pelos congressistas quanto pelos juristas, pois o Judiciário deve privar-se no cumprimento das leis e da constituição e não a Política ou opiniões partidárias. Com isso essas opiniões políticas na visão dos congressistas prejudicam a imparcialidade do Judiciário em duas decisões, isso já acarretou até pedidos de impeachment de ministros do STF por senadores.

4.2 O protagonismo do Poder Judiciário

Na atualidade o que mais se tem visto nos noticiários são as decisões do judiciário, interferindo diretamente na atuação dos outros poderes, ocasionando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constantes embates de autoridades que parecem não entender o conceito de harmonia que trata nossa carta magna.

O que temos visto são inúmeros casos onde o poder judiciário se tornando um poder protagonista do estado, agindo de forma autoritária e fora da legalidade comprometendo todo Estado democrático, pois como já dizia nosso saudoso Rui Barbosa "A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer".

Esse protagonismo se dá pela expansiva atuação do poder judiciário, que vem crescendo cada vez mais e coloca em risco a legitimidade democrática, pois o poder judiciário não é um órgão onde seus membros não foram escolhidos pelos votos do povo, mas mesmo assim por varias vezes vem a anular decisões políticas dos outros poderes não eivados de ilegalidade, deixando a entender que aquela decisão seria mais um ato político de um poder.

> O Poder judiciário não é um órgão eletivo, ou seja seus agentes não foram escolhidos através do voto popular e, ainda assim, possui o poder invalidar atos dos outros dois poderes, utiliza-se como justificativa para capacidade que um órgão não eletivo como o STF tem de se sobrepor a uma decisão do presidente da republica no ideal estado constitucional democrático. (SIQUEIRA, 2019, p.11)

Todos os poderes da república sabem a importância de um estado Constitucional Democrático, pois em breves palavras democracia visa a soberania popular a vontade da maioria e a constituição assegura os direitos fundamentais em contexto amplo visando não só a maioria, mas também as minorias. E muitas vezes a vontade da maioria e da minoria se divergem gerando assim um dever do estado de dirimir essas divergências, e esse papel é exercido pelo Poder Judiciário pela então Suprema corte a guardiã da nossa constituição, devendo sempre agir de acordo com os preceitos já definidos em nossa carta magna.

Dai surge o atual problema, pois a atual corte age além de suas funções constitucionais, e como já falado o Poder Judiciário não é um órgão eletivo e sendo assim não podem emitir constantemente suas posições políticas, pois sendo uma suprema corte constitucional suas decisões devem ser isentas e imparciais, e o que é mais tem acontecido é o contrario disso, membros da corte constantemente nos jornais e na mídia externando publicamente suas posições políticas acerca de inúmeros assuntos e deixando claro sua posição contraria a um agente politico de outro poder.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A sociedade espera de um órgão julgador sua atividade e decisões voltadas a julgar conforme as lei e não de acordo com suas convicções pessoais o politicas partidárias, e que não se pronuncie constantemente sobre um assunto politico que possa expressar aos outros poderes um evidente perigo a democracia e a separação harmoniosa entre os poderes.

4.3 As Dificuldades e Limitações do Poder Executivo

O Poder Executivo pode até ser visto como um poder de maior relevância perante os outros, pois possui o papel de Chefe Estado e de Governo, mas atualmente o Executivo perdeu a sua força com a evolução da sociedade e das constituições, a sociedade que antes tinha como seu líder, chefe de governo e de estado na figura do Imperador, que concentrava todos os poderes para si agindo por diversas vezes de forma autoritária.

E o inicio dessa mudança ocorreu em 1824 onde D. Pedro II diferente de seu pai D. Pedro I, limitou-se ao cargo de Chefe de Estado deixando o governo nas mãos de seus ministros.

> A primeira constituição brasileira, de 1824, foi a que mais durou em nosso país. Em grande parte, a maneira conciliadora e politica de D. Pedro II. Diferentemente de seu pai que exercia o poder de forma rígida e autoritária. Pedro II preferia exercer as funções de chefe de estado, deixando as tarefas de governar aos seus ministros por ele nomeados. Habitualmente, nomeava oposição e situação, alternadamente. Assim governou o Brasil por décadas. (MARTINS, 2017, p.259)

Com a perda de força dos impérios as novas constituições passaram a adotar um sistema presidencialista com a constituição de 1891, com amplos poderes ao Presidente da republica como na constituição de 1937 que designou ao mesmo a função do executivo e legislativo, que marca o início da época ditatorial do Estado. A partir da constituição de 1937 e as novas constituições foram marcadas pela busca constante e valorização dos direitos fundamentais e democracia, dando inicio uma busca ao aperfeiçoamento da tripartição dos Poderes para que o Estado não sofresse mais com os regimes ditatoriais, culminando então na diminuição dos poderes do Poder executivo e o controle reciproco entre os Poderes como podemos ver em nossa atual constituição de 1988.

E o que vemos hoje é um poder executivo totalmente engessado sem qualquer autonomia para agir, sem que tenha qualquer tipo de controle de outro poder. Controle esse legitimo que deve sim ocorrer para evitar medidas arbitrarias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de um Poder, mas que vem sendo utilizado de forma não republicana, mas sim com viés ideológico e político.

Dados do congresso nacional mostram que apenas 23% das medidas provisórias editadas pelo governo são recepcionadas pelo congresso, o menor índice de aprovação em comparação aos últimos quatro governos, poderíamos dizer que seria apenas um desalinhamento dos assuntos tratados nas MP's, mas há outros dados interessantes o Executivo teve cerca de 29% dos seus vetos derrubados pelo congresso chegando ser quatro vezes maior juntando os últimos quatro governos, sem contar as 58 ações diretas de inconstitucionalidades contra o governo e 536 decretos editados.

Esses dados refletem a dificuldade que o Poder executivo possui para gerir o Estado, que está sempre sendo barrado pelo Poder legislativo, sem contar nos atos anulados pelo Poder judiciário.

5 Conclusão

A partir das considerações feitas e da breve análise histórica podemos destacar que a criação da tripartição dos poderes feita por Montesquieu foi um divisor de águas para libertar o povo dos governos autoritários e rígidos, abrindo espaço para a implantação de um Estado democrático e livre de tiranos. A tripartição de poderes foi um marco para o avanço da sociedade atendendo aos anseios da sociedade, que a partir dai passariam a ter voz através de seus representantes com a democracia posteriormente que seria implantada.

Mas nem tudo ocorre como se é planejado, pois a tripartição que antes foi um grande avanço, hoje já possui suas deficiências com as últimas evoluções constitucionais e diversas mudanças sofridas ao longo dos anos. E diante de um controle chamando de Sistema de Freios e Contra pesos que inicia na Inglaterra, e até hoje vem sendo adotada pela nossa Constituição Federal de 1988, um sistema que faz com que os poderes passaram a desempenhar um controle reciproco de um poder sobre o outro permitido pela própria constituição, que seria uma forma de fiscalização para que não haja arbitrariedade de nenhum dos poderes.

Esse mecanismo visa a garantir o equilíbrio e a harmonia entre os poderes, através de um controle legítimo de um poder sobre o outro, dentro dos limites estabelecidos dentro da constituição, não se trata de subordinação de um poder para com o outro, se trata de um mecanismo limitador especificado pela própria constituição. Esse mecanismo é usado atualmente, e com maior escala e muitas vezes sem buscar o teor de sua finalidade, mas para atacar possíveis adversários políticos ideológicos, isso ocorre diante de uma a evolução da sociedade, e polarização da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

política, a busca da população pelo conhecimento sobre seus direitos individuais e coletivos, e as mídias sociais e a imprensa que elevam os embates em a defesa dos seus interesses.

É importante destacar que não é só através do sistema de freios e contrapesos que a harmonia entre os poderes é atingida, mas também de outras ações de cada poder que visam tão somente prejudicar o outro poder como um contra-ataque por um ato praticado em desfavor de si. Como um exemplo são as medidas legislativas contra o judiciário que investiga e condena seus membros parlamentares, ou o contra ataque de um presidente de uma casa legislativa que aceita um pedido de impeachment, após a quebra de uma aliança com o poder Executivo entre outras ações que visam tão somente a defesa dos interesses particulares.

Esse problema vem ocorrendo nos últimos anos, e cada vez se torna visível o quanto vem prejudicando o funcionamento do Estado, o sistema de freios e contra pesos e outras ações vezes vem sendo usado com frequência e de forma indevida por interesses pessoais e de cunho político, e não mais para o que realmente foi criado. Conclui-se, portanto, que a tripartição de poderes e o sistema de freios e contra pesos foi um marco e apresentou soluções para o Estado se livrar de governos autoritários, mas com a evolução da sociedade e da polarização da política verificamos que a tripartição e principalmente o sistema de freios e contra pesos vem tendo suas funções deturpadas e utilizadas como armas contra adversários para o embates políticos e ideológicos deixando o interesse publico de lado, e com isso prejudicando todo o desenvolvimento do Estado.

6 REFERENCIAS

MARTINS, Flavio A. N. J. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo/SP: Editora Revista dos Tribunais, 24/02/2017.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional Descomplicado**. Niterio/RJ: Editora Impetus, 2008.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33° Edição. São Paulo/SP: Editora Atlas, 24/01/2017.

MENDES, G.; GUSTAVO, P.; **Curso de Direito Constitucional**. 12° Edição. São Paulo/Sp: Editora Saraiva, 28/12/2016.

SIQUEIRA, Maria. O Ativismo Judicial e sua Possível Interferência em Linha Tênue de Separação Entre os Poderes, Revista Âmbito Jurídico, Volume 1°, 10/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FERNANDO, Luiz. A independência e harmonia entre os poderes: judicialização da política e ativismo judicial no brasil. Volume 1. Trabalho de conclusão de curso – UNIRIO, Rio de Janeiro/RJ, 2018.

LUÍS, J.; MOREIRA, F. A teoria do "check and balance" e a desarmonia entre os poderes com um olhar especial para o protagonismo atual do poder judiciário. Revista Epistemis Transversalis, Volume 10. Rio de Janeiro/RJ, 2019.

BRASIL, [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 05 de outubro de 1988, Artigo 49º. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONTRIBUIÇÃO DA LEI 4.790/19, PARA O DIAGNÓSTICO E PROGNÓSTICO DE TRANSTORNO DO DÉFICIT DE ATENÇÃO E HIPERATIVIDADE, DOS ESTUDANTES DO ENSINO FUNDAMENTAL, NO ESTADO DO AMAZONAS

ALICE ARLINDA SANTOS SOBRAL: Advogada, Mestre e Doutora em Direito. Professora da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Acadêmica finalista de Psicologia e Estagiária em Intervenções Neuropsicológicas na Faculdade Martha Falcão/Wyden

Resumo: O presente Artigo foi elaborado a partir da adequada apreciação da Lei 4.790/19, que contribuiu para o diagnóstico e prognóstico de Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade (TDAH), dos estudantes do ensino fundamental, no estado do Amazonas, o objetivo principal trata de discussão sobre as questões legais norteadoras dos direitos das pessoas com TDAH considerando não existir uma legislação federal que proteja esses direitos o que, por si só, causa enorme prejuízo às crianças e adolescentes em seu desenvolvimento em diversos setores da sociedade. Dessa forma, o Método utilizado demonstra a importância e a urgente necessidade de uma legislação federal específica para o caso, cumprindo o Direito Fundamental preconizado na Constituição Federal e analisa de forma clara a legislação já em vigor no estado do Amazonas. Como Resultado da pesquisa, foi possível atrelar a importância do estudo do transtorno ao diagnóstico precoce, as formas de intervenção com apoio da escola, o envolvimento da comunidade escolar e da sociedade amazonense a respeito de tal disfunção. Conclui-se dessa forma, que a efetiva aplicação da lei servirá de sustentação ao atual sistema de educação no estado do Amazonas.

Palavras-chave: Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade; Lei nº 4.790 de 2019; Educação.

Abstract: *This article was prepared based on the appropriate assessment of Law 4.790 / 19, which contributed to the diagnosis and prognosis of Attention Deficit Hyperactivity Disorder (ADHD), of elementary school students, in the state of Amazonas, the main objective is to of discussion on the legal issues guiding the rights of people with ADHD considering that there's no federal legislation that protects these rights which, in itself, causes enormous damage to children and teenagers in their development in different sectors of society. Thus, the method used demonstrates the importance and the urgent need for specific federal legislation for the case, complying with the Fundamental Law set forth in the Federal Constitution and clearly analyzes the legislation already in force in the state of Amazonas, which*

regulates this matter after realize the great importance of the disorder in children and young people in the state. As a result of the research, it was possible to link the importance of the study of the disorder to early diagnosis, the forms of intervention with support from the school, the involvement of the school community and the Amazonian society regarding such dysfunction. It is concluded in this way, that the legislation and its effective application will support the current education system in the state of Amazonas.

Keywords: Attention Deficit Hyperactivity Disorder; Law N. 4.790 of 2019; Education.

Sumário: 1. Introdução. 2. TDAH: O mito e a indústria farmacêutica. 3. TDAH E A LEGISLAÇÃO AMAZONENSE: do diagnóstico à intervenção. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1.INTRODUÇÃO

A tipificação de um indivíduo não se resume apenas a um aspecto. Questões como a genética, hereditariedade, critérios sócio-históricos-ambientais são responsáveis pela modelação do indivíduo que assimila as informações conforme sua essência. A sociedade possui princípios básicos a serem seguidos e quem age diferente do determinado muitas vezes sofre as consequências dessa imposição social.

Por muitos séculos as pessoas com deficiência foram afastadas do convívio em sociedade justamente por esse preconceito. As famílias escondiam ou internavam seus tutelados e os abandonavam à própria sorte em sanatórios ou hospícios para que ninguém soubesse de sua existência, ou de sua "vergonha". Somente após a Reforma Psiquiátrica iniciada pela Lei nº 10.216, de 6 de abril de 2001que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental e a mudança de paradigma de que tais pessoas deveriam ser tratadas e não internadas e quão importante era o convívio familiar e social, que as pessoas com deficiência tiveram um novo olhar das autoridades e sociedade como um todo.

A partir daí novas legislações foram criadas dando definições outras do que seria a pessoa com deficiência. Exemplo claro foi o Transtorno do Espectro do Autismo - TEA considerado como deficiência com o advento da Lei nº 12.764, DE 27 de dezembro de 2012 – Lei Berenice Piana. Fato é que, no que tange ao Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade - TDAH, muita discussão ainda se faz. Há mais de dez anos a Associação Brasileira de Déficit de Atenção – ABDA, propôs Projeto de Lei para garantia das pessoas com esse transtorno, no entanto, o projeto de lei até a presente data não foi aprovado.

No estado do Amazonas já houve um avanço legislativo sobre a matéria sendo publicada em 2019 legislação específica. A Lei n. 4.790/19 e as nuances desse transtorno serão o tema principal da presente pesquisa, que ambiciona discorrer sobre os aspectos sociais, na área da saúde, os aspectos jurídicos e principalmente no desenvolvimento humano, com vistas a caracterizar a criança e o adolescente como indivíduos que dependem primordialmente da educação para seu desenvolvimento cognitivo, sua permanência na escola com excelência na qualidade de ensino inclusivo pode fazer com que os efeitos do transtorno sejam minimizados e que em sua vida adulta possa ter uma melhor qualidade de vida.

2.TDAH: O mito e a indústria farmacêutica.

Por muito tempo se questionou sobre a existência do Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade. Não se pretende aqui fazer uma digressão histórica sobre as diversas nomenclaturas que acompanham a disfunção, haja vista que muitas obras já fazem tal diferenciação. Mas o que se quer trazer à discussão é exatamente o atual pensamento de que o transtorno é real, que causa prejuízos aos seus possuidores bem como aos seus familiares e todos que de uma forma ou outra convivem com ele. Leon Eisenberg (1922 - 2009), médico psiquiatra norte-americano, considerado o "pai do TDAH", teria afirmado que tal transtorno era "inventado". No entanto, suas palavras, segundo Costa (2017), foram mal interpretadas em entrevista realizada à revista alemã *Der Spigel*.

Em um primeiro momento, cabe ressaltar que Eisenberg não descobriu o TDAH. Tal pesquisa remonta há mais de duzentos anos, quando o psiquiatra sequer havia nascido. Por outro lado, o médico pesquisador contribuiu com os estudos dos conceitos modernos de TDAH e na ampla divulgação do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais – DSM. Em verdade, o que o médico criticou foi a utilização exacerbada de medicamentos bem como o excesso de diagnósticos sem que se confirmassem tais observações clínicas. Em muitos casos, segundo ele, não existia TDAH, mas a agitação seria proveniente de fatores sócio ambientais (COSTA, 2017).

Apesar de tal declaração ter sido desmentida posteriormente, a informação já havia tomado vulto e ganhado o mundo. Fato é que, ainda hoje muitas pessoas acreditam ser o TDAH uma farsa criada pela indústria farmacêutica. Ainda há pensamentos que, equivocadamente, afirmam que isso não passa de uma criação liberal ao extremo, em que os pais não dão disciplina e não promovem a autoridade necessária para que as crianças obedeçam. Muitos ainda culpam a "nova" psicologia por ter adotado uma postura mais branda de entendimentos, tolerância e paciência de modo a que pais e filhos possam conversar, ensinar e aprender juntos, sem que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para isso o filho necessite ser castigado fisicamente quando cometer qualquer ato errôneo.

Dialogar com a criança e ensinar o certo e o errado e as consequências de seus atos de modo algum é deixar a criança comandar a casa. Por outro lado, a culpa, a falta de tempo, a impaciência, dos atuais pais que nunca estão em casa, que terceirizam a criação dos filhos à escola, à babás, à avós, dentre outros, realmente cria uma ruptura no relacionamento e no desenvolvimento biopsicossocial da criança que passa a exigir mais dos pais que, por sua vez, devolvem a atenção a seus filhos com bens materiais e menos afeto.

Essas são algumas questões que existem nos dias atuais e que não serão resolvidos à curto prazo. Na verdade, essa questão deve ser resolvida de forma individual, subjetiva, de acordo com o que cada família deseja para sua subsistência e sua felicidade. Mas com tudo isso, e além disso, há sim um outro fator que se deve levar em consideração. O Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade – TDAH. Traçando uma linha do tempo, pode-se perceber que o TDAH, mesmo com outras nomenclaturas, já é discutido há mais de duzentos anos.

Descoberto por Alexander Crichton (1763 - 1856) em 1798, o médico é pioneiro a descrever as características do transtorno. Em suas obras sobre doenças mentais, o autor mencionava nos capítulos sobre "atenção e suas doenças" além das variações do nível de atenção consideradas normais para cada indivíduo, outros que apresentavam "desatenção patológica" que consistia segundo Crichton: "uma incapacidade de manter a atenção a qualquer evento com um grau necessário de constância, ou uma total suspensão da capacidade de atenção no cérebro" (RESENDE, 2016).

Tais características apresentadas por Crichton não correspondem ao pensamento atual. Os estudos daquela época eram ainda superficiais e algumas outras circunstâncias comórbidas influenciaram as pesquisas levando a interpretações equivocadas pela ausência de recursos científicos colocados à disposição do pesquisador àquela época. O TDAH foi descoberto nos Estados Unidos e ainda hoje é o país onde há maior índice de diagnósticos desse transtorno. Mas as informações sobre o TDAH ainda permanecem dúbias, mesmo naquele pais.

Ao que se percebe, mesmo passados mais de duzentos anos a questão da observação, do diagnóstico diferencial e de exclusão e outras causas sócio ambientais ainda confundem os profissionais da saúde no diagnóstico do Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade. Há fortes indícios de que crianças saudáveis e ativas estejam sendo diagnosticadas com TDAH sem qualquer controle e confirmação conforme os parâmetros exigidos pelo DSM - V.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De fato, há muitos equívocos no que tange ao diagnóstico do TDAH, são necessárias várias características, que serão abordadas em momento oportuno, para que o quadro apresentado se encaixe no diagnóstico que não se comprova por exames laboratoriais, mas sim por exames clínicos, histórico familiar, ambiente social e hereditariedade. Profissionais despreparados, inexperientes e inescrupulosos estão vendendo diagnósticos e isso prejudica sobremaneira o desenvolvimento da criança que não possui a patologia, bem como prejudicam as crianças que realmente possuem o transtorno porque, dentre outros aspectos, sofrem pela discriminação. O TDAH é um transtorno do neurodesenvolvimento de base neurológica descrita no DSM – V (APA, 2013). Tal transtorno é percebido desde a fase infantil, no entanto, não desaparece na fase adulta. Em verdade, muitos adultos aprendem a conviver com o transtorno e se reorganizam para criar um estilo de vida próprio para conseguir cumprir com suas responsabilidades sociais, profissionais e familiares de forma satisfatória. Mas isso não é rápido, simples, fácil, muito menos sem sofrimento. Pessoas que não foram diagnosticadas e/ou não foram tratadas dos sintomas do TDAH tiveram seu desenvolvimento ao longo dos anos com demasiada dificuldades, perdas, sofrimentos que os levaram a caminhos desastrosos em todas as áreas da vida.

O desenvolvimento da criança é muito importante. Ela passa por diversas fases e há sequências lógicas entre uma fase (habilidade) e outra, como ensinam as teorias de Jean Piaget (1896-1980), Erick Erickson (1902 - 1994), Sigmund Freud (1856 - 1939), Levy Vigotsky (1934 -1986), dentre outros cientistas. A criança necessita desenvolver aptidões sociais, emocionais, cognitivas, e uma ruptura nesse ciclo pode ser prejudicial para seu desenvolvimento, demandando maior tempo e especificidade para adquirir tal potencialidade. Tais aptidões ou habilidades são adquiridas ou experienciadas desde o nascimento do indivíduo alcançando níveis mais elevados até a fase adulta.

Algumas habilidades que são desenvolvidas pelo ser humano são as funções executivas. Tais funções se situam no sentido de direcionar o indivíduo à realização de metas, teoria da mente, avaliação de seus comportamentos e sua validade, criação de estratégias e adaptação das mesmas para resolução de problemas imediatos, de médio e longo prazo. Pode parecer uma situação corriqueira, no entanto, cada indivíduo tem um tempo em seu desenvolvimento para criar e exercitar tais habilidades que servem para sua subsistência na vida diária.

Fato é que, a pessoa com TDAH tem grande dificuldade em exercitar suas funções executivas. Segundo a doutrina, tais habilidades encontram-se basicamente localizadas no córtex pré-frontal, que é uma das áreas do encéfalo mais afetadas pelo TDAH, que de modo geral prejudicam o desenvolvimento da pessoa com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

transtorno em seu relacionamento social. É natural que a pessoa com TDAH tenha certas dificuldades nos seguintes aspectos: tomada de decisão, flexibilidade cognitiva, fluência verbal, categorização, planejamento e volição.

Considerando tais informações e a comprovação de que o TDAH não é um transtorno inventado ou muito valorizado, é que se discute a necessidade premente de haver uma legislação afeita a esse assunto para regular a matéria, os direitos e a intervenção dos casos de pessoas com TDAH. No território brasileiro o assunto TDAH ainda é pouco difundido, muito confundido e nada respeitado. Há dez anos a Associação Brasileira de Déficit de Atenção propôs junto ao Senador Gerson Camata, projeto de Lei[1] sobre o tema. Até o momento o Projeto de Lei não foi aprovado, estando a população brasileira muito aquém no resguardo dos direitos das pessoas com TDAH**.**

3.TDAH E A LEGISLAÇÃO AMAZONENSE: do diagnóstico à intervenção

> Lei nº. 4.790/2019 (AM)
>
> Dispõe sobre as medidas a serem adotadas para identificar, acompanhar e auxiliar o aluno com TDAH e/ou dislexia nas redes pública e privada de ensino do Estado do Amazonas e dá outras providências. (Aprovada em 27/2/2019 D.O.E. Nº. 33.962).

A Lei n. 4.790 de 27 de fevereiro de 2019, que dispõem sobre as medidas multidisciplinares a serem adotadas no estado do Amazonas, surgiu em um momento de grande necessidade para crianças e adolescentes em idade escolar. Trata a lei de responsabilizar os atores envolvidos na identificação (precoce), acompanhamento e auxílio do aluno que possua o TDAH e/ou dislexia. Na presente pesquisa será abordado especificamente os aspectos do TDAH e procedimentos a serem adotados na rede escolar pública e privada. Para tanto, importa esclarecer os aspectos de tal disfunção para que o objeto da lei não se perca em teorias abstratas da existência ou não do referido transtorno.

Num primeiro momento, há que se mencionar o artigo 2º da Lei n. 13.146 de 2015 que trata da Inclusão das Pessoas com Deficiência. Tal dispositivo explica quem são as pessoas consideradas com deficiência para efeitos legais apresentando em seguida a garantia de seus direitos.

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais

> barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm)

As pessoas com TDAH não se enquadram em tal legislação, uma vez são caracterizadas como pessoas com distúrbio e não com deficiência. Aponta-se dessa forma sua distinção segundo melhor doutrina:

> Déficit de Atenção é um distúrbio que atinge crianças e adultos, caracterizado primariamente pela falta de concentração em atividades rotineiras e pela impulsividade. Os quadros de Distúrbio do Déficit de Atenção são ocasionados por uma disfunção neurológica, que afeta o funcionamento do córtex pré-frontal. Essa é a área do cérebro responsável pela atenção, organização, controle de impulsos e capacidade de expressar sentimentos, entre outras. Tal disfunção se dá, em parte, pela deficiência do neurotransmissor Dopamina. (https://www.vittude.com/blog/deficit-de-atencao/. Tatiana Pimenta.

Considerando tais informações, constata-se que tanto as deficiências como o Transtorno do Espectro do Autismo - TEA, Transtorno do Desenvolvimento Intelectual – TDI, bem como disfunções como o Transtorno do Déficit de Atenção e Hiperatividade – TDAH, ou Transtorno Global do Desenvolvimento como: Transtornos de Aprendizagem – TA, Dislexia, Discalculia e Disgrafia, dentre outros, afetam sobremaneira o desenvolvimento global do indivíduo que necessita de apoio em diversas vertentes. Como já mencionado, o TDAH é um distúrbio do neurodesenvolvimento que afeta o Sistema Nervoso Central – SNC e com ele as funções executivas. Dessa forma, o amplo conhecimento desse transtorno e a forma de como fazer o diagnóstico e a intervenção para um prognóstico positivo, são o ponto fundamental dessa pesquisa. Nessa teia, dentre outras analises a serem feitas, uma delas trata da avaliação neuropsicológica:

> A avaliação Neuropsicológica (AN) pode ser definida por suas várias facetas. Aqui são apresentadas algumas das definições encontradas na literatura. A Avaliação Neuropsicológica Clinica é a aplicação dos conhecimentos da área de Neuropsicologia para avaliar e intervir no comportamento humano, relacionando-o ao funcionamento normal ou deficitário do sistema nervoso central (HAASE et al., 2012, 1-8).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante de tais informações, importa frisar a obrigatoriedade do conhecimento dessas condições nos ambientes escolares. Não somente pelos professores e gestores, mas também por toda comunidade acadêmica. O sistema de identificação só será possível a partir do conhecimento de toda equipe técnica na percepção e no olhar cuidadoso para a diversidade. Nem sempre a criança ou adolescente que possui características diferenciadoras possuem uma deficiência ou disfunção, motivo pelo qual um diagnóstico de exclusão é sempre importante.

A legislação traz em seu bojo informações sobre diversos profissionais que possuem competência para avaliar o aluno e, por meio de um diagnóstico multiprofissional atestar se o indivíduo necessita de uma atenção diferenciada. Uma vez constatada a especificidade da criança ou adolescente (§ 2º), a escola ficará responsabilizada por providenciar profissional de apoio escolar para acompanhar o acadêmico em suas atividades escolares. Apesar de tal profissão ainda não estar regulamentada em lei, muitas pessoas denominadas popularmente como "mediadoras" são contratadas por pais e responsáveis para o apoio à criança, bem como pelas escolas.

> Artigo 3º: Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se: XIII - profissional de apoio escolar: pessoa que exerce atividades de alimentação, higiene e locomoção do estudante com deficiência e atua em todas as atividades escolares nas quais se fizer necessária, em todos os níveis e modalidades de ensino, em instituições públicas e privadas, excluídas as técnicas ou os procedimentos identificados com profissões legalmente estabelecidas) (LBI) .
>
> Art. 1.º, §2.º Os alunos possuirão acompanhamento educacional especializado por profissional de apoio escolar na própria sala de aula e demais ambientes escolares. (L. 4.790/19)

Uma crítica que desde logo se faz é quanto a qualificação e capacitação desse profissional. Enquanto vasta legislação é uníssona em demonstrar a importância de uma especialização para a pessoa que atua na educação especial, a maioria das escolas, não somente no Amazonas, contratam, tanto na rede de ensino pública quanto na privada, estagiários do curso de pedagogia para auxiliarem os professores das classes. O fato é que para auxiliar a criança ou adolescente com TDAH é necessário que se tenha um conhecimento metodológico especializado dessa disfunção para que a criança possa se desenvolver primordialmente nas questões pedagógicas de forma funcional, dentro de suas habilidades e especificidades.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme destacado, o profissional de apoio escolar deve ser alguém que tenha significado para a criança. Importa frisar que o que se pretende não é transformar o menor em uma criança dependente do mediador. A ideia de inserir tal profissional de apoio escolar é justamente servir de termômetro e liame entre o aluno e o conteúdo a ser apreendido. O mediador irá auxiliar o aluno com comandos precisos e de fácil compreensão a arrumar sua a mochila, a ter contato e socialização com outras crianças e adultos, a compreender determinados comandos sociais, mantendo-o conectado à atividade a ser desempenhada vez que esses simples Atos da Vida Diária – AVD's, apesar de serem realizados pelo aluno, normalmente são deixados de lado pela desatenção e impulsividade que o cerca, vez que o TDAH afeta justamente suas Funções Executivas.

Em linhas gerais, observa-se que há alunos que podem precisar do apoio de um mediador escolar, cujas dificuldades podem ser de natureza diversa, valendo destacar: dificuldade motora geral e acessibilidade; concentração e impulsividade; de leitura; na comunicação e interação.

O mediador não fará os exercícios e provas do aluno, mas estará próximo a ele para lembra-lo de prestar atenção ao que a professora diz, auxiliá-lo a ler os enunciados das questões, garantir que o aluno entenda a proposta e incentivá-lo à pesquisa e resolução das tarefas. O mediador não substituirá o professor em qualquer momento do ensino. Não é isso que se pede e nem é isso que deve ser feito pela escola. O mediador irá auxiliar o professor que possui uma turma com mais de 20 alunos para dar atenção e não pode se ausentar da sala quando o aluno sentir necessidade de sair da mesma para se reorganizar ou autorregular.

Ainda concernente a autorregulação, é importante salientar que aluno com TDAH e/ou outras deficiências ou disfunções não lidam bem com frustrações podendo se desorganizar rapidamente, causando assim desconforto para ele, para os colegas e para os professores. Atingindo a maturidade emocional e cognitiva, poderá aos poucos aprender a se autorregular. O não aprendizado pelo aluno com TDAH como determinam as regras gerais de educação podem causar prejuízos ao seu desenvolvimento, motivo pelo qual as adaptações são necessárias. O cérebro é plástico e possui capacidade de assimilação e aprendizado ilimitados. No entanto, a atenção, tão necessária para a concentração e memorização, é um dos desafios da pessoa com TDAH.

> O fato de que nossa atenção é flutuante e de que, em média, nossa capacidade de reter informações dura em média 15 a 20 minutos, é eficaz intercalar momentos de estudo com atividades agradáveis – no caso de adolescentes, intercalar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> estudo com alguns minutos ao videogame pode ajudar na aprendizagem. (PESSOA, 2018, p. 85)

No caso do aluno com TDAH que seja hiperativo/impulsivo ou desatento ou ainda combinado, o critério atenção é um dos fatores que lhes causam enorme prejuízo na aprendizagem escolar e em todo seu desenvolvimento biopsicossocial e espiritual. Mas para que todo esse procedimento seja conhecido pelos profissionais é necessário sua a capacitação periódica, bem como do corpo docente da escola, se faz imprescindível.

Importa salientar que tal atenção dispensada à criança ou adolescente deve ser de forma integral conforme preconiza a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente. O que se protege é o ser humano em sua integralidade, portanto, não é apenas o conteúdo acadêmico que deve fazer parte da atenção da escola, mas também o relacionamento interpessoal, a convivência social as experiências empíricas que irão construir uma personalidade para viver em sociedade.

É fundamental para as crianças e adolescentes que possuam TDAH que o corpo técnico das escolas esteja capacitado para lhes entender e saber como lidar com as adequações pedagógicas e estruturais do ambiente escolar conforme preconiza o artigo 3º da Lei estadual sobre TDAH. Para tanto, como já mencionado, todos devem participar da capacitação a ser realizada em diferentes níveis e áreas de conhecimento. Por se tratar de transtorno neurobiológico há a necessidade de orientação nas áreas da saúde e educação no sentido de esclarecer dúvidas, confirmar hipóteses e facilitar o entendimento daqueles que estarão atuando na linha de frente com esse público.

A partir da capacitação do corpo técnico das escolas, os profissionais terão condições de identificar situações singulares e comunicar à gestão da escola para que os pais/responsáveis pelo aluno possam investigar sua condição. Importa ressaltar que os responsáveis pelo aluno irão procurar diagnóstico com uma equipe multidisciplinar pública ou privada para constatar a disfunção ou afasta-la. Tal papel não é atribuição da escola.

O inciso III do mesmo artigo acrescenta que a escola deve seguir as orientações dos especialistas no que tange ao acompanhamento e comportamento do aluno. Materiais adaptados, horários diferenciados, avaliações e testes com disposição própria, posicionamento em ambiente físico da sala de aula e um olhar diferenciado, podem ser algumas ações que trarão ao aluno a confiança e a inclusão de que precisam para uma vida social e acadêmica em âmbito escolar com maior qualidade. Importante a parceria entre ensino público e privado na troca de experiências com os alunos de educação especial em escolas regulares. Muitas informações podem ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

focadas no sentido de uniformizar o entendimento sobre essas questões e o aprender coletivo sobre essa nova realidade cada dia mais crescente.

Em todas as escolas públicas ou privadas do estado devem possuir pessoal capacitado na gerência e coordenação de atividades administrativas e pedagógicas. A figura de um pedagogo na coordenação de uma escola é condição *sine qua non* para que a escola funcione com os preceitos principais de uma boa educação. Tal profissional, além das demais atribuições que lhe competem, deverá proceder uma avaliação em conjunto com o corpo docente responsável pelo aluno para a criação de um dossiê considerando todas as especificações deste. Os responsáveis pelo aluno serão convocados e orientados a buscar apoio de equipe multidisciplinar para trabalhar as habilidades e potencialidades de seu tutelado, e que as terapias possam ser realizadas no contra turno ao horário regular de estudo.

Ressalte-se que tal dossiê é documento sigiloso em que apenas a coordenação e a equipe que trabalha diretamente com o aluno podem ter acesso. Atente-se para o fato de que o constrangimento e a discriminação serão punidos na forma da lei, podendo-se aplicar o artigo 3º, IV da Lei de TDAH/AM e subsidiariamente a Lei Brasileira de Inclusão em seu artigo 4º § 1º ao destacar: "Toda pessoa com deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação".

> § 1º Considera-se discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

A entrevista realizada no ato da matrícula pode facilitar sobremaneira na identificação do aluno com TDAH e a prova de nivelamento (ou reclassificação), quando necessária, conforme orientação da LDB, Lei 9.394/96, também podem servir de parâmetro para a identificação precoce de um possível transtorno de aprendizagem. Importa frisar que tal conduta não é impositiva e que o profissional que ali está não irá diagnosticar um transtorno, vez que não tem competência para tal. No entanto, percebendo que o grau de desenvolvimento neurobiopsicológico não corresponde aos índices típicos da educação, o profissional poderá sugerir aos responsáveis para procurarem o especialista para confirmar ou refutar a disfunção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Tal disfunção não é diagnosticada de forma simples nem rápida. Como já mencionado, o ser em desenvolvimento sofre diversos estímulos desde sua gestação. Muitas são as deficiências e disfunções e um diagnóstico de exclusão é importante para que o tratamento seja realizado corretamente. No entanto, o fato de um aluno não possuir um diagnóstico definitivo que ateste a sua condição não exime a escola de ter um olhar diferenciado para com ele. Aliás, todos os alunos possuem características específicas, devendo o professor ter um olhar diferenciado para toda a classe. Muitas técnicas devem ser utilizadas em prol de um desenvolvimento escolar e social que beneficie o aluno e a longo prazo sua família e toda comunidade.

Por fim, a criação do referido dossiê também servirá para quando a criança for transferida da escola e todo o processo exaustivo não precisará ser repetido para que o menor tenha tratamento especializado. Havendo essa troca de informações o indivíduo terá seu processo e ingresso na nova escola de forma mais célere e inclusiva.

4.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Critérios importantes devem ser analisados diante das condições de desenvolvimento sociais, históricos, ambientais e educacionais das crianças e adolescentes em fase escolar, que respondem positivamente aos critérios nosológicos do TDAH. A partir de tal apreciação, destacou-se a ausência de uma legislação que regule os direitos das pessoas com TDAH em âmbito nacional e se analisou a criação de uma legislação atinente a seus direitos no Amazonas.

Foi pesquisada a importância de uma legislação que protegesse os direitos das pessoas com TDAH e as diversas dificuldades que tal disfunção acarreta na vida das pessoas em fase escolar até a fase adulta. Muitas pessoas com TDAH enfrentam dificuldades em seu desenvolvimento e crescem tendo diversos problemas desde relacionamentos afetivos, emocionais, comportamentais e educacionais.

O não diagnóstico e intervenção precoce a estas pessoas pode ocasionar graves prejuízos em sua vida diária e a longo prazo podendo haver evasão escolar, uso de substâncias, gravidez precoce e problemas com a justiça.

Não ser o TDAH uma deficiência não tira o caráter emergencial de seu tratamento e preocupação com um prognóstico satisfatório para que o indivíduo possa se organizar e reorganizar de forma satisfatória para a vida em sociedade.

Muito é cobrado da pessoa com TDAH e vários estereótipos lhes são impostos. A presente pesquisa vem demonstrar que tal disfunção existe, é séria e merece toda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a atenção para que a pessoa que o possui tenha melhores condições de se desenvolver de modo funcional.

5.REFERÊNCIAS:

ARMISTRONG, Thomas. O Mito do TDAH infantil. Manole. S.P. 2019;

CLOUTIER, Richard, DRAPEAU, Sylvie. Psicologia da Adolescência. Ed. Vozes. Petrópolis. 2012;

DRAGO, Rogério (organizador). Transtorno do Desenvolvimento e Deficiência. Inclusão e Escolarização. Ed. WAK. R.J. 2014;

FUENTES, Daniel, et. Al (organizadores). Neuropsicologia. Teoria e Prática. 2ª ed. Artmed. P.A. 2014;

GIL, Antonio Carlos et al. Como elaborar projetos de pesquisa, 4ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.

JALOWITZKI, Marise. TDAH. Crianças que desafiam. Ed. Do autor. P.A. 2014;

LENT, Roberto (coordenador). Neurociência da Mente e do Comportamento. GEN. 2015;

PESSOA, Rockson Costa. Como o cérebro aprende. Ed. Vetor. S.P. 2018;

ROHDE, Luis Augusto. Et al. Guia para compreensão e manejo do TDAH. Artmed. P.A. 2019;

ROTTA, Newra Tellechea, OHLWEILER, Lygia, RIESGO, Rudimar dos Santos. Transtorno da Aprendizagem. Abordagem Neurobiológica e Multidisciplinar. 2ª ed. Artmed. P.A. 2016.

https://www.psicoedu.com.br/2016/11/historia-origem-do-tdah.html?m=1. RESENDE, Eduardo. 2016. Acesso em: 12 de maio de 2020.

https://www.psicoedu.com.br/2017/02/pai-do-tdah-fabricada.html. COSTA, Eduardo. 2017. Acesso em 12 de maio de 2020.

https://tdah.org.br/quais-as-mudancas-e-direitos-que-o-projeto-de-lei-7081-oferecera-para-as-pessoas-com-tdah-e-dislexia-no-brasil/.Ana Luiza Navas. 2019.

HAASE, Vitor Geraldi, et al. Neuropsicologia como ciência interdisciplinar: consenso da comunidade brasileira de pesquisadores/clínicos em Neuropsicologia. Revista Neuropsicologia Latinoamericana. ISSN 2075-9479 Vol 4. No. 4. 2012.

[1] O projeto de Lei 7081/2010, de autoria do Senador Gerson Camata (PMDB), cuja relatoria é da Deputada Federal Mara Gabrilli (PSDB – SP), tem por objetivo instituir, no âmbito da educação básica, a obrigatoriedade da manutenção de programa de diagnóstico e tratamento do TDAH e da Dislexia. O projeto já foi aprovado no senado e faltam apenas 3 comissões para ser aprovado na Câmara dos Deputados. O projeto estabelece que as escolas devam assegurar aos alunos com TDAH e Dislexia acesso aos recursos didáticos adequados ao desenvolvimento de sua aprendizagem, e que os sistemas de ensino garantam aos professores formação própria sobre a identificação e abordagem pedagógica (https://tdah.org.br/legislacao/).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS PELA AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DO DEVER CONSTITUCIONAL DE CUIDADO DOS FILHOS EM RELAÇÃO AOS PAIS

VICTOR SOUZA DA SILVA:
Acadêmico do 10º décimo período de Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA).

MARCELO ANTUNES SANTOS[1]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho teve como objetivo analisar a possibilidade de reparação por danos morais nos casos de abandono afetivo inverso, caracterizado nas hipóteses em que os filhos abandonam os pais em momento de vulnerabilidade, como na velhice, enfermidade e carência e outras hipóteses onde a assistência é necessária para garantia da dignidade dos pais. Para desenvolvimento do tema foi utilizada a pesquisa bibliográfica com estudo de autores da área jurídica que tratam da temática em apreço, de julgados dos Tribunais Superiores e publicações de artigos de renome sobre o mesmo tema. Considerou-se que o abandono afetivo não ocorre somente nos casos paterno-filial, mas também na omissão da conduta dos filhos maiores em relação aos pais. Nesta relação, possível responsabilidade civil surge pela violação de dever de cuidado entre familiares, gerando dano psicológico e emocional. A partir dessa análise, levanta-se a seguinte pergunta problema: há possibilidade de aplicação do dano moral nos casos de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais em situação de velhice, carência e enfermidade? O tema discutido nesse artigo é de especial relevância do ponto de vista social e jurídico, porém ainda pouco discutido no ordenamento jurídico, o que reafirma a importância do seu estudo em busca de uma solução jurídica a pergunta problema então suscitada.

Palavra-chave: Abandono afetivo inverso. Danos Morais. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The present work aimed to analyze the possibility of reparation for moral damages in cases of inverse emotional abandonment, characterized in the hypotheses in which the children abandon their parents at a time of vulnerability, such as in old age, illness and lack and other hypotheses where assistance is provided. necessary to guarantee the dignity of the parent. For the development of the theme, bibliographic research was used, with the study of authors from the legal area who deal with the subject under consideration, judges from the Superior Courts and

publications of renowned articles on the same theme. It was considered that affective abandonment occurs not only in paternal-filial cases, but also in the omission of the conduct of older children in relation to their parents. In this relationship, possible civil liability arises for the breach of duty of care among family members, generating psychological and emotional damage. From this analysis, the following question arises: is there a possibility of applying moral damage in cases of affective abandonment of children in relation to parents in old age, neediness and illness? The topic discussed in this article is of particular relevance from a social and legal point of view, but still little discussed in the legal system, which reaffirms the importance of its study in search of a legal solution to the problem question then raised.

Keyboard: Reverse affective abandonment. Moral damages. Civil responsability

Sumário: Introdução. 1. Família e o Dever Recíproco de Cuidado Entre Pais E Filhos. 2. Da Responsabilidade Civil: Conceito. 3. Do Dano Moral e Responsabilidade Civil. 4. Do Abandono Afetivo 5. Da Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo Inverso: Conceito e Entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

No contexto da sociedade atual não é mais preciso ter uma relação sanguínea para se constituir uma família, mas sim que haja afeto entre os membros do conjunto familiar envolvidos em um campo mútuo de afeição e solidariedade, independentemente de sua formação estrutural (seja uniparental, homoafetiva, pluriparental).

Partindo dessa ideia, o presente trabalho visa desenvolver a temática do abandono afetivo inverso, que se manifesta no âmbito do direito de família nas hipóteses em que os filhos abandonam os pais na velhice, carência, enfermidade e outras situações de vulnerabilidade.

Insta salientar que o assunto em debate é tratado de forma cautelosa considerando que os tribunais pátrios e doutrina ainda se encontram em fase de debate jurídico sobre os contornos para se configurar o dever de indenizar nas hipóteses de abandono afetivo dos filhos em relação aos pais.

O abandono afetivo ocorre nos casos em que uma pessoa, mesmo tendo o dever de cuidar deixa de cumprir com tal obrigação, fato que gera danos ao sujeito vítima de abandono. Essa prática já é bastante comum e conhecido no relacionamento paterno-filial, nos casos em que os pais abandonam seus filhos

menores, abstendo-se dos deveres de criar e educar os filhos e contribuir assim para a formação de sua personalidade.

Ocorre que, a Constituição Federal no artigo 229 prevê a garantia de uma proteção integral num dever de assistência mútua, tanto dos pais em relação aos filhos e dos filhos com relação aos pais, seja na velhice, na carência ou na enfermidade.

Desse modo, a responsabilidade civil surge a partir do momento em que o filho descumpre ou se omite quanto ao seu dever de cuidado e amparo em relação ao pai, gerando danos a esse último.

Do abandono afetivo pode advir o dever de indenizar, conforme enunciado do IBDFAM, que preleciona que "A reparabilidade do dano encontra respaldo legal (CC 952 parágrafo único), uma vez que atinge o sentimento de estima frente determinado bem".

No entanto, para se chegar à conclusão com respaldo jurídico quanto à existência de ato ilícito nestas hipóteses é necessário identificar a presença dos pressupostos da responsabilidade civil, analisando o nexo causal da conduta do agente e do dano sofrido e suportado pela vítima, no caso, os pais.

O estudo será baseado no método dedutivo, viável e adequado para analisar o objeto da pesquisa, pautado em pesquisa bibliográfica e análise do entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a temática sob análise. A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco.

1.FAMÍLIA E O DEVER RECÍPROCO DE CUIDADO ENTRE PAIS E FILHOS

Desde os tempos remotos, quando o ser humano começava a se estruturar em sociedade o núcleo familiar era constituída de forma patriarcal e hierarquizada, instituídos por intermédio de convenção matrimonial heteronormativo, pois era o meio aceitável socialmente. A família naquele contexto caracterizava-se como sendo uma entidade eminentemente patriarcal.

Esse modelo de constituição familiar perdurou por muito tempo até a chegada da Revolução Industrial, no que a partir de então foi necessária mão de obra para atender as demandas decorrentes do sistema capitalista e consequente modelo de produção vigente. Com isso a mulher foi introduzida no mercado de trabalho e o homem deixou assim de ser a parte única integrante do mercado de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Toda essa alteração do formato na estrutura familiar teve seu início quando as famílias começaram a migrar do campo para as cidades e passaram a conviver em locais menores, permitindo assim uma maior aproximação entre os membros e a formação de vínculos afetivos mais consistentes.

Nesse sentido, a prevalência do afeto tornou-se prestigiado na relação de seus integrantes, valorizando assim não somente o afeto decorrente da relação matrimonial, como também entre pais e filhos, independentemente de vinculo sanguíneo.

Nessa perspectiva, Maria Berenice Dias (2016, p. 48) aduz que "a valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família".

A família tornou-se um meio de contato e inserção no meio social e no âmbito interno um conjunto de pessoas que se interagem, gerando princípios e costumes, bem como impactando a vida de seus membros.

Partindo-se da existência do vínculo afetivo, surgiu então no campo institucional a obrigação de solidariedade entre as figuras da família.

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu artigo 229, previu a garantia de uma proteção integral num dever de assistência mutua dos pais com relação aos filhos e dos filhos com relação aos pais, seja na velhice, na carência ou na enfermidade.

O referido dispositivo expresso o dever da solidariedade recíproca entre os integrantes da família e a proteção da dignidade humana dos membros, não se limitando em casos de laços biológicos, mas visando principalmente os vínculos afetivos existentes.

Sendo a solidariedade um dos principais elementos constitutivos do conceito constitucional da família, o auxílio mútuo entre seus membros garante a subsistência e o padrão de vida de seus integrantes. Assim o dever de cuidado não é somente material, quanto aos alimentos entre pais e filhos, mas também nas prestações afetivas, visando uma satisfação em sentido mais amplo que o material.

Como um dever que obriga e ao mesmo tempo garante todos os polos e contribui para efetivação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, o assunto é de extrema relevância no campo direito de família, vez que se relaciona a efetividade do direito à dignidade dos sujeitos envolvidos, no caso em apreço, dos pais em situação de fragilidade.

O princípio da solidariedade tem a sua essência prevista no texto constitucional de modo de imperiosa a análise sobre os efeitos da quebra deste principio/dever no campo da responsabilidade civil.

2.DA RESPONSABILIDADE CIVIL: CONCEITO

A palavra "responsabilidade" vem do latim *spondeo,* e era atribuída ao devedor nos contratos verbais na época do direito romano. O estudo desse instituto é imprescindível para entendimento de como a responsabilidade civil pode se configurar nas relações familiares no âmbito do direito de família.

A responsabilidade civil se classifica primordialmente em contratual ou extracontratual. A primeira delas surge pelo descumprimento de um dever inserido em um determinado contrato. A extracontratual ou aquiliana, por sua vez, é aquela que decorre da violação em decorrência de um dever previsto em um preceito normativo.

Assim, as condutas praticadas e as atividades desenvolvidas que ultrapassam o limite de observância da lei, podem causar prejuízos econômicos ou moral a alguém que tem o bem juridicamente protegido, Carlos Alberto Gonçalves (2012, p. 21) diz que configuraria responsabilidade civil:

> Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil.

Nesse sentido, a conceituação da responsabilidade civil está relacionada com esse dever de reparação em virtude dos danos sofridos. No entendimento de Flavio Tartuce (2017, p. 327) "a responsabilidade civil surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida".

Assim o dano sofrido pela vítima poderá recair sob a outra pessoa, surgindo à obrigação de reparar esse prejuízo causado, tornando-se um dever jurídico.

No entanto, para que o dano seja reparado faz-se necessário observar a incidência dos pressupostos do dever de indenizar, quais sejam: a conduta, resultante de dolo ou culpa, um dano suportado pela vítima e o nexo de causalidade entre da conduta do agente e o dano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A responsabilidade civil surge, portanto, quando determinado sujeito comete um ato ilícito em face de outrem, dando ensejo ao dever de indenizar.

Ato ilícito, nos dizeres de Flavio Tartuce (2017, p. 329):

> [...] é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízos a outrem. Diante da sua ocorrência, a norma jurídica cria o dever de reparar o dano, o que justifica o fato de ser o ato ilícito fonte do direito obrigacional. O ato ilícito é considerado como fato jurídico em sentido amplo, uma vez que produz efeitos jurídicos que não são desejados pelo agente, mas somente aqueles impostos pela lei.

O ato ilícito tem a sua previsão ainda no artigo 186 do Código Civil de 2002 que o define da seguinte forma: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 51) "[...] quatro são os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão culpa ou dolo do agente, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima".

Para Flavio Tartuce (2017, p.339) "pode ser apontada a existência de quatro pressupostos do dever de indenizar, reunindo os doutrinadores aqui destacados: a) a conduta humana; b) culpa genérica ou lato sensu; c) nexo de causalidade; d) dano ou prejuízo".

A conduta humana é o elemento constitutivo da responsabilidade do agente. Pode ser considerada como positiva, quando provocada por uma ação do indivíduo, gerando o dano diretamente a vitima, ou omissiva, quando o agente deixa de praticar determinado ato que evitaria o resultado dano.

Em matéria de responsabilidade civil, esta poderá ser subjetiva, quando a presença do elemento culpa do agente é fundamental para a configuração do ato ilícito, ou objetiva, em que a basta apenas à comprovação do dano e do nexo de causalidade do agente para que haja o dever de indenizar, nos moldes do que preconiza o artigo 927, §único, do Código Civil de 2002.

Segundo Flavio Tartuce (2017, p. 345) "o nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.DO DANO MORALE RESPONSABILIDADE CIVIL

De modo geral, não há que se falar de responsabilidade civil sem a ocorrência de dano, este que é elemento fundamental para a configuração do ato ilícito. Este dano poderá ser patrimonial (material) quanto extrapatrimonial (imaterial).

Nessa perspectiva, Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 52) afirma que:

> Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. A inexistência de dano é óbice à pretensão de uma reparação, aliás, sem objeto.

O dano material é aquele que viola diretamente o bem juridicamente protegido do ofendido, no qual tem repercussão financeira, atingindo seu patrimônio e, portanto, mais facilmente mensurado o tamanho do prejuízo atingido. Este se divide em dano emergente, que diz respeito à perda do patrimônio já existente, e lucros cessantes que se refere àquilo que efetivamente se deixou de ganhar.

O dano moral ou extrapatrimonial é aquele que não está diretamente vinculado a um valor econômico suportado a vitima, ou seja, não é um prejuízo que pode ser inteiramente avaliado como o material. O dano moral está ligado a um dano causado no psicológico da pessoa, o qual pode afetar sua imagem, sua vida pessoal, seus pensamentos, sua rotina diária, abalo emocional muito grande.

A Constituição Federal prevê a possibilidade de indenização por dano moral em seu artigo 5º, incisos V e X:

> Art. 5º Todo são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, nos termos seguintes:
>
> V - e assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou a imagem;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por essa razão, o dano moral não possui um valor específico, mas o dano será mensurado de acordo com o sofrimento causado à vítima, sendo aplicado com o objetivo de que tal ato não seja mais cometido pelo agente causador.

Neste sentido, quando o agente comete ato ilícito e este vem a causar prejuízos à vítima, tanto de ordem econômica quanto de ordem moral, estando configurado o nexo de causalidade, haverá responsabilidade civil e dever indenizatório, de modo que será sempre atribuído um valor econômico, com o fim de reprimir atitude levada a efeito pelo causador do dano.

Assim, para a configuração da responsabilidade civil necessita dos três elementos, isto é, que o ato praticado atente contra a lei, que ocorra um liame entre o ato e o dano, e que este seja passível de indenização declarada pelo judiciário.

Cumpre destacar que o dano ocasionado pelo abandono afetivo dos pais por parte dos filhos é primordialmente extrapatrimonial, uma vez que está relacionado a uma lesão na esfera moral do indivíduo, que gera consequências na esfera jurídica. Deste modo, como se depreende dos argumentos expostos poderá ser estipulado indenização pelos danos que efetivamente venham a ser causados às vítimas (pais) em razão do abandono (negligência) praticados pelos filhos.

4.DO ABANDONO AFETIVO

As famílias se constituem e tem por base o afeto, amor, respeito e dever de cuidado entre seus membros. Todavia, quando esses deveres recíprocos são descumpridos por um dos integrantes, a relação não será mais mútua, o que pode gerar consequências jurídicas aos envolvidos.

O abandono afetivo está se tornando cada vez mais presente nas relações familiares, sendo muito comum nos casos paterno-filiais, quando os pais abandonam os seus filhos menores, não demonstrando interesse em dar continuidade na relação familiar, bem como ao se omitirem nos deveres jurídicos garantidos por lei, como o dever de sustento.

O presente estudo considera em sua análise os casos de abandono inverso, em que os filhos maiores descumprem suas obrigações perante aos pais nos casos na velhice, carência ou enfermidade, no momento de maior vulnerabilidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme destacado alhures, quando se mostra inexistente o afeto e a se constata o abandono, resulta então em um ato ilícito de quem pratica, gerando um dano imaterial ou moral em favor a outra parte.

Nesse sentido, em se tratando do abandono afetivo, doutrina e legislação em vigor corroboram com o argumento de ser possível a indenização por danos imateriais em virtude do sentimento dispensado.

No entanto, deverá ser analisado no caso concreto se todos os elementos constitutivos da responsabilidade civil estão presentes, vez que a legislação não traz qualquer preceito normativo claro quanto à imposição do afeto e do amor dos filhos em relação aos pais ou mesmo dos pais em relação aos filhos.

Ademais, nada impede que seja considerado o princípio da proteção integral para que seja garantida a relação afetiva, conforme destaca Maria Berenice Dias (2016, p. 138) "O princípio da proteção integral impõe que sejam colocados a salvo de toda forma de negligencia. Mas direitos de uns significa obrigações de outros. São responsáveis a dar efetividade a esse leque de garantias: a família, a sociedade e o Estado".

5.DA RESPONSABILIDADECIVIL POR ABANDONO AFETIVO INVERSO: CONCEITO E ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O artigo 229 da Constituição Federal trata do dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos, bem como o dever destes filhos de ajudar e amparar os pais na velhice. Por sua vez, o artigo 230 da Constituição Federal estabelece que este dever de proteção aos idosos, ultrapassa a família, sendo estendido ao Estado e à sociedade, a fim de garantir-se sua participação comunitária, defendendo-se sua dignidade e garantindo-se seu direito à vida.

Nesse sentido, a falta de cuidado pode ser considerada um ato ilícito, uma vez que flagrantemente infringe o disposto nos referidos dispositivos legais.

Dessa forma, constata-se que os pais nas condições de vulnerabilidades são amparados pela nossa Carta Magna, regida pelo princípio da solidariedade assegurando o seu bem estar, bem como nas as esferas afetivas. Esses direitos superam a esfera da assistência material ou econômica, englobando também, as esferas afetivas.

No entendimento de Maria Berenice Dias (2012, p 1.111) "quando se trata de pessoa idosa, chama-se de abandono afetivo inverso: o inadimplemento dos deveres de cuidado e afeto dos descendentes para com os ascendentes, conforme impõe a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constituição Federal em seu art. 229.” Assim, destaca-se que existe o dever do filho de prestar o auxílio imaterial ou afetivo na convivência do âmbito familiar e na assistência de pais idosos.

Vale destacar que o Estatuto do Idoso chegou para reforçar as normas dando enfoque maior à pessoa com idade avançada, igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No mais, tanto o Estatuto do Idoso quanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 têm como fundamento proteger a pessoa na velhice, carência e enfermidade no Brasil. No entanto, a legislação não está se renovando de acordo com a perspectiva da sociedade e não alcançando o preenchimento das lacunas que isso gera, aplicando-se analogicamente outros dispositivos do ordenamento jurídico, visando solucionar os conflitos surgidos no âmbito das relações humanas/familiares.

Os pais, nos presentes casos, são postos em situação de vulnerabilidade razão pela qual se justifica um tratamento especial pelo ordenamento jurídico, que assegure a progressão da personalidade e alcance as suas necessidades.

A dignidade da pessoa idosa deve ser vista priorizada, respaldada no respeito, de igualdade e nos dever de cuidado dos filhos, como está evidenciado nos artigos 229 e 230 da Constituição Federal. O ordenamento jurídico pátrio mostra os meios capazes de fazer com que os idosos sejam incluso na sociedade, sem qualquer discriminação, preservando os direitos fundamentais.

É nesse sentido que o enunciado nº 10 do IBDFAM, dispõe que “é cabível o reconhecimento do abandono afetivo em relação aos ascendentes idosos”. Assim, tem-se que o cuidado é um dever de viés imaterial, inclusive, necessário para a estruturação psíquica e também ao atendimento das necessidades dos idosos.

Voltando-se a jurisprudência pátria, insta destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem firmado entendimento no sentido de que é cabível a indenização por danos morais, em razão do abandono afetivo. Vejamos:

> 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/1988. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado –**, importa em vulneração da imposição legal, 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" (STJ, REsp 1.159.242/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j.24.04.2012, *DJe* 10.05.2012).

Direito civil e processo civil. Ação de alimentos proposta pelos pais idosos em face de um dos filhos. Chamamento da outra filha para integrar a lide. Definição da natureza solidária da obrigação de prestar alimentos à luz do Estatuto do Idoso.

- A doutrina é uníssona, sob o prisma do Código Civil, em afirmar que o **dever de prestar alimentos recíprocos entre pais e filhos não tem natureza solidária, porque é conjunta. (grifo nosso)**

- **A Lei 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos**, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. **(grifo nosso)**

> - O Estatuto do Idoso, cumprindo política pública (art. 3º), assegura celeridade no processo, impedindo intervenção de outros eventuais devedores de alimentos.
>
> - A solidariedade da obrigação alimentar devida ao idoso lhe garante a opção entre os prestadores (art. 12).Recurso especial não conhecido.(REsp 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143)

Portanto, restando configurada a prática ilícita de abandono afetivo por parte dos filhos capazes, ao privarem os pais do direito de serem visitados, de ser constantemente acompanhado, o abandono afetivo inverso em sentido lato, é possível a reparação civil por danos morais à luz da legislação pátria e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, o abandono afetivo inverso é um problema social com efeitos jurídicos que aflige a sociedade e ofende direitos constitucionalmente assegurados.

Conforme restou sedimentado, a falta de cuidado mostrou-se um ato violador ao princípio da dignidade da pessoa, podendo gerar danos físicos e psicológicos aos pais na velhice, na enfermidade ou na carência, nos termos caracterizados no artigo 229 da Constituição Federal.

Em decorrência das mudanças familiares houve a valorização do afeto, independentemente se os membros têm laços sanguíneos ou não. Ademais como restou expresso, não somente a falta de assistência material é apta a gerar danos, mas de afetividade pelos filhos, compreendendo-se como a falta de cuidado e zelo. Ademais, não havendo o vinculo afetivo também gera a impressão da desvinculação material, da não realização da obrigação jurídica imposta. E é nesse instante da violação em que o Poder Judiciário deve intervir para compensar o dano efetivado.

Nesse sentido, em resposta à questão problema que motivou o presente trabalho, chegou-se à conclusão de que é plenamente cabível a responsabilização em danos morais nos casos de abandono inverso, nos quais os filhos falham com seu dever de ajudar e amparar os pais na velhice, bem como na carência e no estado de enfermidade.

Nesse sentido pode ser citado o entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do recurso especial 1.159.242/SP, 3.ª Turma, Rel.

Min. Nancy Andrighi e recurso especial 775.565/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/06/2006, DJ 26/06/2006, p. 143. O precedente voltado à conformação da temática relacionado ao abandono filio-paternal possui as mesmas premissas e analisam a questão chave da temática que é a valorização do afeto como bem jurídico apto a ensejar responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo inverso.

Assim, conclui-se, portanto que mesmo que a lei ainda seja omissa ao tratar especificamente sobre o presente tema, entende-se pelos levantamentos doutrinários e jurisprudenciais trazidos que é sim passível de reparação civil por danos morais quando incidente o abandono afetivo inverso, retirando a direito a solidariedade e fruição da afetividade paterno-filial, nos mesmos termos já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Taís Silva de.**Abandono afetivo inverso: responsabilidade civil dos filhos em relação aos pais idosos.** 2016. 65f. Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação em Direito). Universidade de Santa Cruz do Sul. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/handle/11624/1489>. Acesso em 02 set. 2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

_____. **Estatuto do Idoso**, Lei nº 10.741 de 1º de out. de 2003. Publicado no DOU de 05.10.1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

_____.**Código Civil**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em 17 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

IBDFAM. **Abandono afetivo pode gerar indenização**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 06 set. 2020.

SILVA, Paula Lopes. **Abandono Afetivo Inverso e o cabimento da obrigação de cuidado em contexto de abandono passado**. 2019. 54f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Uberlândia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/25957>. Acesso em 06 set. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=abandono+afetivo+&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 06 set. 2020.

TARTUCE, F.; SIMÃO, J. F. **Direito civil**, v. 5: Direito de Família. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NOTA:

[1] Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito Público pela PUC/MG. Professor Temporário do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: antunes_santos@yahoo.com

www.conteudojuridico.com.br

A PRÁTICA DO LAWFARE E ATIVISMO JUDICIAL EM SOLO BRASILEIRO

DIEGO RODRIGUES DO NASCIMENTO:
Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - PI.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador(a): Prof. Dra. MARIA LAURA LOPES NUNES SANTOS[1].

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo geral realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre *lawfare* e ativismo judicial no Brasil. Tem como objetivos específicos: investigar na doutrina e legislação brasileira a origem e definição do termo *lawfare*; descobrir como são praticados o ativismo judicial e o *lawfare* em solo brasileiro; analisar na doutrina e legislação brasileira se todo ativismo judicial pode ser considerado um tipo de *lawfare*. Para sua viabilização empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem de natureza qualitativa. Foi realizada pesquisa bibliográfica em produções científicas como revistas, livros, artigos, dissertações e teses que fizessem referência ao tema em estudo. Conclui-se que não é possível afirmar que todo ativismo judicial é um tipo de *lawfare*, mas constatou-se na literatura que quando ele é empregado pelo Poder Judiciário, em especial pelos ministros do STF, como ferramenta de guerra política contra líderes dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), provavelmente ele está sob influências do *lawfare,* pois o principal efeito deste é o ativismo judicial. Sugere ao legislador pátrio que institua leis prevendo o ativismo judicial, constrangendo sua abrangência quando essa afrontar os demais poderes e transparecer guerrear contra eles.

PALAVRAS-CHAVE: Prática do Lawfare. Ativismo judicial. Poder Judiciário.

ABSTRACT: The present study has the general objective of conducting a study of Brazilian doctrine and legislation on lawfare and judicial activism in Brazil. Its specific objectives are: to investigate the origin and definition of the term lawfare in Brazilian doctrine and legislation; discover how judicial activism and lawfare are practiced on Brazilian soil; analyze in Brazilian law and doctrine whether all judicial activism can be considered a type of lawfare. For its viability, bibliographic research with a qualitative approach was used as methodology. Bibliographic research was carried out on scientific productions such as magazines, books, articles, dissertations and theses that

made reference to the subject under study. We conclude that it is not possible to affirm that all judicial activism is a type of lawfare, but it was found in the literature that when it is used by the Judiciary, especially by the ministers of the Supreme Court, as a tool of political war against leaders of other Powers (Executive and Legislative), he is probably under the influence of lawfare, since the main effect of this is judicial activism. He suggests to the national legislator that he institute laws providing for judicial activism, constraining its scope when it faces the other powers and appears to be at war with them.

KEYWORDS: Practice of Lawfare. Judicial activism. Judicial Power.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 LAWFARE E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. 2.1 Origem e Definição de *Lawfare*. 2.2 Origem e Definição do Termo Ativismo Judicial. 2.3 Ativismo Judicial em Solo Brasileiro. 2.4 A Prática do *Lawfare* no Brasil. 3 O ATIVISMO JUDICIAL EM SOLO BRASILEIRO E SUA INTERPRETAÇÃO COMO UM TIPO DE LAWFARE. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil é um país que se constitui como Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos, são a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como o pluralismo político (Art. 1º CF/88). Para conformar e validar todos os seus fundamentos legais e comandos imperativos, o Estado serve-se da Constituição Federal que ocupa o ápice das estruturas normativas do ordenamento jurídico pátrio. Por isso, deve-se compreender que todas as demais normas e atos dos Poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário) somente serão considerados válidos quando possuírem previsão constitucional.

Nesse contexto, cabe observar que a Carta Constitucional Brasileira traz em sua redação que todo o poder emana do povo, que o exerce mediante representantes eleitos ou diretamente, conforme a própria Constituição. Dito isso, segue-se chamando atenção para o fato de que o Brasil vem sofrendo uma crise política a qual envolve diretamente a representatividade de seus eleitos, gerando efeitos no cenário político, social e jurídico.

Casos de corrupções, flagrantes de crime do colarinho branco investigados pela "Operação Lava Jato", bem como a cassação de mandatos por meio de *impeachment* (impedimento), condução coercitiva de ex-presidente da república pela polícia federal, dentre outros casos, tem provocado o Poder Judiciário a se manifestar e a tomar providências, que excedem sua competência, e muitas vezes adentram a seara dos demais poderes, legislativo e executivo.

Para a corrente doutrinária dominante essa expansão da sua competência pelo Judiciário nada mais é que a busca do mesmo pela justiça social, que é clamada pela sociedade, frente à crise de representatividade que passa os poderes constituídos do país. Para essa corrente, o que está acontecendo é que o Judiciário está cometendo ativismo judicial, como forma de buscar justiça social.

Aqui vale destacar que a expressão "ativismo judicial" pode ser definida como uma forma de intervenção recorrente do Poder Judiciário em outros Poderes por meio de interpretações extensivas do texto constitucional e de leis, pautando-se mais em princípios constitucionais que na letra dos textos legais, para dar soluções no âmbito político.

Ocorre que nem todos no cenário político, jurídico e social brasileiro vêem como positivo o ativismo judicial, por acreditar que ele não estabelece o equilíbrio entre os poderes, ao contrário, sobretudo, porque transparece seu viés político ideológico. Assim, por conta dessa correlação política e jurídica feita pelo Poder Judiciário em seu ativismo, emerge um quadro de instabilidade institucional que pode ser interpretado como *lawfare*, o qual pode ser definido sinteticamente como a instrumentalização da lei com fins meramente políticos.

A característica mais marcante do *lawfare* é a manipulação do sistema legal, onde o candidato ou partido político que pretende prejudicar seu adversário abre inúmeros processos judiciais com acusações frívolas na tentativa de influenciar negativamente a opinião pública e lançá-la contra ele, a fim de gerar o denominado assassinato de reputação.

Diante do exposto pretende-se com essa pesquisa realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre ativismo judicial e *lawfare* no Brasil. O estudo justifica-se em virtude da observação do pesquisador que passou a observar que o tema é bastante polêmico e exige um estudo aprofundado. Sua relevância reside na possibilidade de ampliar os diversos conhecimentos já existentes sobre a temática difundindo-os entre os acadêmicos de Direito da UNIFSA, o mundo científico-jurídico e a sociedade em geral.

Tendo em vista essa observação, o presente estudo tem como objetivo geral realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre *lawfare* e ativismo judicial no Brasil. Tem como objetivos específicos: investigar na doutrina e legislação brasileira a origem e definição do termo *lawfare*; descobrir como são praticados o ativismo judicial e o *lawfare* em solo brasileiro; analisar na doutrina e legislação brasileira se todo ativismo judicial pode ser considerado um tipo de *lawfare*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para sua viabilização empregou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica com abordagem de natureza qualitativa. O estudo encontra-se ancorado em doutrinadores como: Constinentino (2012), Cristóvam e Cipriani (2017), Matos (2019), dentre outros não menos importantes. Nessa perspectiva, pretende-se responder ao seguinte questionamento: é possível afirmar que todo ativismo judicial é um tipo de *lawfare*?

2 LAWFARE E ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL

O ativismo judicial realizado pelo Poder Judiciário vem se tornando uma prática frequente no cenário político brasileiro, por conta de a necessidade desse poder dar respostas que extrapolam sua competência. Contudo, sua prática é justificada com a reiteração que os ministros fazem de que esse ativismo nada mais busca que solucionar conflitos e alcançar a paz social (FREITAS; CABRAL, 2018). Ocorre que uma variante negativa vem surgindo em meio ao ativismo judicial do Poder Judiciário.

Denominada de *lawfare* essa variável caracteriza-se como uma espécie de estratégia política para manipular as leis e prejudicar opositores políticos, por meio de sucessivos processos judiciais inconsistentes, mas intermitentes com o objetivo de modular negativamente a opinião pública, e deslegitimar o candidato e promover o assassinato de sua reputação (MATOS, 2019).

Como muitas dessas querelas vão terminar no Supremo Tribunal Federal, muitas vezes o STF se dispõe a dar decisões que poderiam ser dadas no âmbito administrativo, excedendo sua competência e adentrando a competência de outros poderes. Nesses termos convém identificar a origem e definição do termo *lawfare, como segue.*

2.1 Origem e Definição de *Lawfare*

A prática do *lawfare* em países da Europa e da América do Sul, sobretudo naqueles com governos democráticos, como o Brasil, tem despertado grandes polêmicas tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Primeiro no que se refere à sua origem, segundo no que respeita a sua abrangência. Nesse contexto, vale destacar, por importante, que:

> O primeiro uso do termo "lawfare" a que se tem notícia está em um pequeno artigo escrito por John Carlson e Neville Yeomans em 1975, em que se denunciavam aspectos individualistas e acusatórios do direito nas sociedades ocidentais, chamando tal fenômeno – de substituição de armas por leis – de lawfare.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Internacionalmente, o termo ganhou mais popularidade no contexto da segurança nacional. O primeiro uso nesse sentido provavelmente se deu em 1999, em um livro de estratégia militar chinês, "UnrestrictedWarfare" (de QiaoLiang e Wang Xiangsui), referindo-se ao uso de instituições legais internacionais para conseguir fins estratégicos em guerras militares, mas ainda com pouco destaque ao lawfare (MATOS, 2019, 230).

Em vista disso, convém destacar que não se tem certeza da origem do termo *lawfare,* sendo ele controverso e que admite diferentes interpretações. Contudo pode-se dizer que ele é gramaticalmente formado pela justaposição de duas palavras *law* (lei) e *warfare* (guerra), podendo ser interpretada na atualidade, como guerra jurídica, e diz respeito a uma forma de guerra em que a lei é instrumentalizada como uma espécie de arma (GRANJA, 2014).

Aprofundando-se no assunto, convém salientar que a expressão *lawfare* "[...] foi cunhada para definir estratégias militares, especialmente no âmbito de guerras internacionais. Com o passar do tempo, o termo foi se atualizando para descrever fenômenos distintos – de guerra militar a "guerras" políticas (MATOS, 2019, p. 228). Com sua evolução para o contexto político, o foco passou a ser a persecução legal do opositor no jogo político, muitas vezes empregando meios sórdidos para impetrar ações judiciais. Em certo sentido pode-se dizer que:

> Até aí, nada de novo, podendo-se confundir com uma definição grosseira de processo. Usualmente, no entanto, o lawfare possui conotação negativa, referindo-se ao uso abusivo e ilegítimo da lei ou de procedimentos legais como artifício para prejudicar um inimigo. Assim, em um paralelo com guerras tradicionais, o direito funciona como arma, os tribunais como campos de batalha e a mídia como propaganda. A finalidade se mantém: a destruição de um inimigo (MATOS, 2019, p. 228).

Feita essa observação, cabe lembrar que essa expressão foi introduzida na década de 1970, e pode ser considerada como uma forma de manobra jurídico-legal, visando promover uma série de processos com acusações frívolas na tentativa de influenciar negativamente a opinião pública e colocá-la contra o candidato opositor (NOVO, 2016). Vale adicionar a título de melhor entendimento que *lawfare*:

> No âmbito propriamente político e das leis, é uma expressão que faz referência ao fenômeno do uso abusivo e superficial do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> direito, nacional ou internacional, como forma de se atingirem objetivos militares, econômicos e políticos, eliminando, deslegitimando ou incapacitando um inimigo. Lawfare pode ser concebido como o termo que define o uso do Direito para deslegitimar ou incapacitar um inimigo. Tendo então suas características ou táticas já reconhecidas pela comunidade jurídica internacional, quais sejam: a) A manipulação do sistema legal. b) Dar aparência de legalidade para perseguições políticas. c) A utilização de processos judiciais sem qualquer mérito, sem conteúdo, com acusações frívolas. d) Abuso do direito para danificar e para deslegitimar um adversário. e) Promoção de ação judicial para descredibilizar o oponente. f) Tentativa de influenciar a opinião pública. g) Utilização da lei para obter publicidade negativa ou opressiva. h) Judicialização da política: a lei como instrumento para conectar meios e fins políticos. i) A promoção da desilusão popular (BARROS FOLHO; FARIAS; OLIVEIRA, 2017, p. 3).

A prática do *lawfare* é amplamente conhecida nos países anglo-saxões como acrônimo de ação judicial estratégica contra a participação pública, onde a lei (*law*) é usada como mecanismo de guerra (*war*) e destruição (*warfare*) do oponente político, com aparência de legalidade. Muitas vezes é usado apenas para intranquilizar o adversário. Nesse caso, a prática do *lawfare* também está associada ao desrespeito nos procedimentos judiciais e do direito de defesa do inimigo político (PEDRO, 2019). Sendo assim, procura-se investigar a origem e definição do termo ativismo judicial, para melhor entendimento da matéria.

2.2 Origem e Definição do Termo Ativismo Judicial

Com relação ao ativismo judicial deve-se dizer que não se sabe ao certo sua origem. Para alguns doutrinadores ele "[...] surgiu com a Suprema Corte americana quando da decisão de segregação racial" (BARROSO, 2009, p. 7). Para outros, sua criação deve ser atribuída ao jornalista norte americano Arthur M. Schlesinger Jr., no ano de 1947, em uma matéria jornalística escrita para a Revista *Fortune* (VALLE, 2009). Aprofundando-se no assunto, vale destacar o fato de que o referido jornalista:

> [...] publicou, na popular Revista Fortune, o artigo "The SupremeCourt: 1947", em que analisou a atuação dos justices, distinguindo-os entre "ativistas" (activists) e "campeões da restritividade judicial" (championsof judicial restraint), os quais podem ser denominados "passivistas" (self-restrain). Aqueles se caracterizariam por inocularem, em suas decisões, as suas

> próprias concepções do bem comum. Os passivistas, por sua vez, seriam os juízes que procuravam preservar a margem de conformação do legislador, prezando pela maior deferência judicial (CONSTINENTINO, 2012, p. 142).

Assim, convém salientar que a corrente majoritária de doutrinadores entende que essa foi a origem do termo do ativismo judicial, onde o referido jornalista, em um artigo, incumbiu-se de caracterizar o perfil político e ideológico dos nove membros da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, momento em que ele narrou a postura de alguns juízes da Suprema Corte norte-americana que, mediante um comportamento de jurisdição defensiva se esquivavam de enfrentar casos importantes à sociedade. Sendo assim, verifica-se que o termo ativismo judicial na sua origem não tem muita relação com seu conceito atual (MARTINS, 2019).

Na atualidade o ativismo judicial está relacionado ao número excessivo de demandas que poderiam ser resolvidas administrativamente no âmbito dos outros Poderes, mas que são levadas ao Poder Judiciário (PJ) para que dê uma decisão de mérito, solucionando o conflito. Desse modo, observa-se que esse poder "[...] tem sido provocado a se manifestar, bem como tomar providências a respeito de assuntos que extrapolam a competência judiciária, adentrando na seara dos demais poderes, destacando-se aparentemente, numa espécie de ultima *ratio* salvadora da pátria" (FREITAS; CABRAL, 2018, p. 2).

Não se perca de vista que o fenômeno do ativismo judicial começou no Brasil com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e pode-se considerá-lo como um termo técnico referente à postura proativa do Poder Judiciário ao interferir de maneira proativa e significativa nas decisões de cunho político dos demais poderes.

Em solo brasileiro algumas correntes doutrinárias não apoiam essa prática do Judiciário, vendo-a como perigosa e de grave risco jurisdicional, sendo ativista aquele juiz que "[...] use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; promova, através de suas decisões, políticas públicas; não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade" (POGREBINSCHI, 2000, p. 2). Como exemplos de ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal (STF) pode-se citar dois casos emblemáticos:

> [...] no primeiro foi decidido se praticar aborto até o terceiro mês seria ou não crime e, no outro, a possibilidade de um réu substituir o presidente da República. Os resultados desses julgamentos chamam a atenção para o fato de o STF estar, cada vez mais fazendo uma interpretação para além do texto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> constitucional, o que leva a refletir se ele não estaria atuando na esfera do Poder Legislativo (MARTINS, 2019, p. 1).

Como se verifica, o próprio STF é apontado praticando ativismo judicial, podendo-se dizer que na atualidade brasileira "[...] o Judiciário tem mostrado em determinadas situações, uma posição puramente ativista" (GRANJA, 2014, p. 1).

Esse fato vem gerando discussões as mais acaloradas no tocante à invasão de competências dos demais Poderes, uma vez que a Constituição Federal não prevê essa pratica, uma vez que ela exorbita do Poder Judiciário ferindo a harmonia e independência que deve vigorar entre este poder e os demais. Nessa perspectiva, pode-se questionar até onde essa prática pode chegar, principalmente quando se presume que na atualidade a Corte suprema apresenta atuações que transparecem determinadas ideologias, o que exige um estudo acerca do ativismo judicial em solo brasileiro.

2.3 Ativismo Judicial em Solo Brasileiro

O Brasil é um país que possui muitas demandas jurídicas, uma vez que os direitos sociais que visam assegurar uma vida digna ao indivíduo nem sempre são respeitados, o que gera muitas vezes batalhas jurídicas contra o Estado, que tem a função constitucional de assegurá-los. Observe-se que a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Democrática prevê do art. 5º ao 11º, em seu Título II, os direitos e garantias fundamentais, abrangendo os direitos e deveres individuais e coletivos (BRASIL, 1988). Mas não apenas isso porque também:

> [...] estabelece as competências do Estado, especialmente entre os Poderes Legislativo, Executivo e o Judiciário. Por certo, o que se busca é a separação das funções nucleares (essenciais) de cada poder, mas não do poder em si, vez que todos os poderes estão submetidos à Constituição. O poder estatal é uno, institucional e normativamente distribuído entre os poderes constituídos com vistas a viabilizar a maior efetividade possível da própria ordem constitucional de direitos e garantias fundamentais (CRISTÓVAM; CIPRIANI, 2017, p. 167).

Desse modo, pode-se frisar que na Constituição Federal de 1988 há a previsão legal tanto de direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos quanto a competência de cada um dos Poderes, que devem ser harmônicos a fim de que seja levado ao cabo a concretização de tais garantias de direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, deve-se destacar que embora a Constituição Federal de 1988, estabeleça que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário sejam poderes da União que devem ser harmônicos entre si (Art. 2º), e que cada um possui suas competências originárias, ainda assim, há momentos em que o Judiciário é provocado a solucionar conflitos que desbordam de sua competência invadindo as competências dos outros Poderes. Como já se disse alhures, e isso se chama ativismo judicial, o qual caracteriza-se:

> [...] pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Este fenômeno, por assim dizer, decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao Supremo Tribunal Federal (DOMINGUES, 2018, p. 2).

A justificativa que o Poder judiciário e doutrinadores afins ao ativismo judicial têm dado para a pratica do ativismo judicial é a de que nem sempre os temas que envolvem batalhas contra o Estado-Administrativo podem ser solucionados de uma hora para outra ou na própria seara do Executivo ou do Legislativo. Pois problemas "[...] como o caráter pragmático e diretivo da Constituição demandam dos Poderes Legislativo e Executivo a elaboração de diretrizes que raramente contemplam suficientemente as crescentes e alargadas necessidades sociais" (CRISTÓVAM; CIPRIANI, 2017, p. 164).

Mas não é só isso porque há também questões culturais ou religiosas, como o aborto, que envolve essas duas dimensões. Assim, temas como esse de responsabilidade do Poder Legislativo, nem sempre são logo decididos, momento em que o Poder Judiciário é provocado e faz às vezes do Legislativo decidindo o caso mediante decisão de mérito (GRANJA, 2014).

Some-se a isso, o cenário de corrupção no Poder Público nos últimos anos, sobretudo, em governos de esquerda, que levaram à Operação Lava-jato deflagrada pela Polícia Federal, para detectar mecanismos de corrupção envolvendo empreiteiras brasileiras, ex-presidentes, ex-ministros, senadores, deputados federais e governadores (MARTINS, 2019).

Note-se que tais acontecimentos envolvendo agentes do Legislativo e do Executivo alargam "[...] a crise de representatividade nos poderes eletivamente constituídos, a conformar um caldo de descrença na Política e a inflacionada busca

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do Judiciário como 'última esperança' na concretização de direitos" (CRISTÓVAM; CIPRIANI, 2017, p. 165).

Por outro lado, deve-se chamar a atenção para o fato de que existe um risco muito grande da prática do ativismo judicial, sobretudo, no Brasil, em que seu conceito se reveste de conotações negativas e existem argumentos de agentes políticos da falta de isenção do STF para que realize ativismo judicial, uma vez que observações acerca do perfil dos ministros integrantes do STF denotam a existência de certos laços de natureza diversa (ideológica, axiológica, política etc.) demonstrando inclinações político-partidárias, já que foram nomeados por presidentes de regimes comunistas e socialistas. Por isso, legislaram a favor do aborto, por exemplo, uma pauta antidemocrática (CONSTINENTINO, 2012).

Essa percepção é válida quando se trata de ativismo judicial porque essa prática pode mudar toda uma conjuntura político-social de um país, quando "[...] a lei está se tornando, gradativamente, uma poderosa e prevalente arma de guerra" (BARROS FOLHO; FARIAS; OLIVEIRA, 2017, 365). Nesse diapasão poderia se questionar sobre as posições do STF em diferentes matérias, como direitos fundamentais, liberdade de expressão, direito à vida ou à igualdade, direitos individuais e os sociais, à saúde, à greve ou à moradia, e se são uniformes o tratamento conferido a elas pelo STF (MARTINS, 2019).

Pode parecer intransigência com relação às decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), mas o que dizer da marcha da maconha, liberada pelo próprio STF, quando existe a Lei 11 343/2006, cujos art. 2º estabelece que:

> Art. 2º Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso (BRASIL, 2006, p. 1).

Como se verifica, há a previsão legal contra a droga, sendo crime plantar, portar, cultivar produzir explorar drogas em solo brasileiro.

No entanto, mesmo assim, o Ministro Barroso em ativismo judicial defende a descriminalização da maconha e critica a lei antidrogas, quando deveria defender a legislação ou então imiscuir-se de tratar de um tema caro ao Legislativo, com reflexos sociais, culturais, políticos, econômicos e de segurança que não podem ser

desconsiderados com apenas uma decisão monocrática, sem debates nas casas do Congresso Nacional (CONSTINENTINO, 2012).

Estribando-se na Constituição Federal de 1988, art. 2, o qual diz que os Poderes da União são harmônicos entre si chama-se a atenção para o fato de que é possível discordar da legitimidade do ativismo judicial, pois:

> A Constituição não garante autonomia política ao Poder Judiciário de modo discricionário, assim como aos demais Poderes Constituídos. Desta forma, não é cabível uma atuação ativista e isolacionista por parte dos magistrados. Relembremos o que ocorre ao Legislativo, que apesar da necessária discricionariedade para a criação legislativa, necessita tal discricionariedade do(a) agente político(a) estar vinculada aos anseios sociais, garantidos constitucionalmente, dos cidadãos que o(a) elegeram. Igualmente para o Poder Executivo, no planejamento, criação e execução de políticas públicas e uso do dinheiro público. Portanto uma postura arbitrária do Poder Judiciário, conforme os moldes descritos acima, atuando os juízes, dando livre interpretação ao Direito é igualável aos demais regimes autoritários (FREITAS; CABRAL, 2018, p. 23).

Como se infere a Constituição Federal não confere garantia ao Poder Judiciário para que atue de modo ativista. Ao ferir a harmonia entre os poderes o ativismo judicial atuante em solo brasileiro pelo Poder Judiciário, em especial pelos ministros do STF, pode ser interpretado como uma forma de guerra jurídica (*Lawfare*) e pode gerar insegurança ao decidir demandas de interesse de minorias e alas políticas que deveriam ser debatidas com tempo plausível pelo Congresso Nacional, para que se chegue à instituição de lei infraconstitucional que atenda seus direitos sem ferir os demais direitos protegidos pela Constituição. Nessa perspectiva empreende-se um estudo sobre a prática do *lawfare* no Brasil, como segue.

2.4 A Prática do Lawfare no Brasil

Já se disse mais de uma vez que o termo *lawfare* diz respeito à guerra jurídica perpetrada por um político contra outro na seara do Judiciário, com o fim de desacreditá-lo frente ao povo, intranquilizar e desestabilizar seu governo, caso esteja no poder, uma vez que em geral as acusações são meramente de caráter frívolo e visam muito mais destruir a reputação do inimigo político.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, deve-se frisar no tocante a prática do *lawfare,* que tanto em solo estrangeiro quanto brasileiro, a interpretação mais assente é aquela de que "[...] lawfare é uma arma projetada para destruir o inimigo usando, maltratando e abusando do sistema legal e da mídia, a fim de levantar um clamor público contra aquele inimigo" (MATOS, 2019, p. 232).

No entanto, deve-se compreender que cada país possui formatação jurídica, econômica, social e política, o que leva ao fato de que no Brasil o *lawfare,* apesar de possui objetivo já especificado, possui matizes brasileiros. Assim, não cabe qualquer dúvida que no caso brasileiro, o fenômeno do *lawfare* está inteiramente direcionado para fins políticos e econômicos, deixando de lado sua origem de estratégia de guerra. No Brasil o *lawfare* tem como causas, por exemplo:

> As disputas por espaços de poder, antes restritas à arena política, especialmente no âmbito do parlamento, [que] se expandem a cada dia mais para a arena jurídica, com embates no plano judicial, não apenas pelo o acesso dos políticos e partidos ao Judiciário com demandas sobre questões que estão até mesmo no dia a dia da vida parlamentar, como é o caso da discussão sobre a legalidade ou constitucionalidade de tramitações de projetos de lei ainda em discussão no Congresso Nacional, mas também com a incidência da justiça penal sobre agentes políticos, afetando diretamente as questões políticas (SANTORO; TAVARES, 2017, p. 54).

Assim, deve-se estar atento para o fato de que o Direito brasileiro está sendo cada vez mais instrumentalizado por conta do número excepcional de lei no país, que oportunizam aos partidos antagônicos digladiarem-se mediante processos, que no mais das vezes visam apenas sufocar o inimigo em um grande número de processos, mesmo que ao final não dê em nada. A intenção subjacente é desestabilizar o inimigo (MATOS, 2019).

Frente ao atual cenário nacional político do Brasil, o qual tem no Executivo um Governo de direita, é possível dizer que a prática do *lawfare* realizada com insistência pelos partidos de esquerdas, visando a desestabilização da gestão do governo atual, denotam que de fato trata-se uma poderosa arma de guerra, contra os poderes democraticamente constituídos, e serve para aqueles que pretendem empreender guerra judicial no âmbito político com seus desafetos (BARROS FILHO; FARIAS; OLIVEIRA, 2017).

Observe-se como um caso de emprego de *lawfar*e no Brasil, a atitude do Governador Sérgio Cabral, contra direitos políticos de manifestantes, onde:

> [...] o então governador do Rio de Janeiro, Sergio Cabral, para conter as grandes manifestações populares de junho de 2013, se utilizou do sistema penal para afastar garantias ao arrepio das regras constitucionais. Após protestos realizados no Leblon, bairro onde morava o então governador, Sérgio Cabral convocou uma reunião de emergência com a "cúpula da segurança" do Estado e no dia seguinte editou o Decreto nº 44.302 de 19 de julho de 2013. O Decreto evidencia claramente o desejo de manusear o sistema penal contra as vozes de protesto político que ecoavam das ruas ao utilizar no preâmbulo que o ato se dirigia aos "grupos organizados" que perpetraram "atos de vandalismo" (SANTORO; TAVARES, 2017, p. 61).

Como se contata acima, o inimigo político pode ser o povo. De outra banda, em que pese opiniões político-partidárias, vale destacar aqui, como exemplo emblemático de prática de *lawfare* no Brasil, o caso da Operação Lava-Jato. Muito embora se trate de crime de colarinho branco, verificou-se que os inimigos do presidente envolvido à época, não descansaram de impetrações jurídicas contra ele até colocá-lo na cadeia.

A prática do *lawfare* chegou ao ponto do exibicionismo e execração da "presa" da Operação Lava-Jato, diante do povo brasileiro. A condução coercitiva de Lula já denuncia uma prática de *lawfare.* Sobre o assunto pode-se dizer que:

> É fundamental destacar que Sérgio Moro defende a máxima publicidade midiática das ações da operação Lava Jato, como método para angariar apoio da opinião pública. Os argumentos usados por Sérgio Moro para justificar a coercitividade da condução de Lula visariam evitar um tumulto causado pela mídia, quando mais parece que a mídia estava preparada para acompanhar e cobrir a cena. Tal fato aponta para uma cumplicidade entre setores da mídia e do judiciário, em processos que afrontariam princípios elementares do Direito (CARVALHO; FONSECA, 2019, p. 107).

O exemplo supra mencionado, não tem interesse de defender ou acusar o ex-presidente, mas demonstrar que houve *lawfare* com interesse em destruí-lo politicamente. Em vista disso, chama-se atenção para o fato de que o Direito brasileiro vem, cada vez, mais sendo usado como poderosa arma de guerra contra inimigos políticos. A título de exemplo do emprego de *lawfare* no Brasil para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

perseguição e desestabilização do inimigo político, menciona-se, também, o caso do Ministério Público Federal que:

> [...] em agressiva campanha de marketing que envolvia órgãos de comunicação poderosos como o jornal "O Globo" e a "Rádio CBN", ambos das organizações Globo, angariou mais de dois milhões de assinaturas para proposta de lei de iniciativa popular que chamou de "10 medidas contra a corrupção". Todavia, o essencial embate de natureza política que subjazia à iniciativa do Ministério Público ficou evidente com a discussão das medidas na Câmara dos Deputados. O pacote de muito mais do que dez medidas não se prestavam necessariamente a combater a corrupção, pois presumiam a desonestidade do investigado e afastavam suas garantias individuais (SANTORO; TAVARES, 2017, p. 56).

Pelo que se nota da citação acima, não existe inimigo político determinado para o uso do *lawfare*, tanto pode ser um presidente da república, governador, deputado ou mesmo alguém das ruas em atos de manifestação. Isso demonstra o quanto da beligerância que esse mecanismo jurídico possui e que pode ser usado pelo Poder Judiciário como arma política.

Diante de observações como essas é que sentiu-se a necessidade de realizar um estudo na doutrina e legislação brasileira sobre *lawfare* e ativismo judicial no Brasil, com vistas analisar se todo ativismo judicial pode ser considerado um tipo de *lawfare,* como segue

3 O ATIVISMO JUDICIAL EM SOLO BRASILEIRO E SUA INTERPRETAÇÃO COMO UM TIPO DE LAWFARE

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagra no seu art. 2 a separação dos Poderes, onde se lê claramente que os poderes constituídos se dividem em Executivo, Legislativo e Judiciário. Por sua vez, o art. 102 também da Carta Maior traz a inteligência de que a guarda da Constituição compete precipuamente ao Supremo Tribuna Federal (STF) (BRASIL, 1988)

Assim, merece atenção o fato de que, embora os Poderes estejam divididos, cada um possuindo suas atribuições, o STF tem se arrogado a fazer às vezes tanto de Poder Legislativo quanto de Poder Executivo, denotando extremo ativismo judicial e descumprimento do seu mandamento essencial que é defender a Constituição Federal brasileira de 1988. Claro está que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> [...] a Constituição não instituiu este poder como soberano sobre os demais. E por isso não se encontra na Carta Magna aporte ao ativismo judicial, nem a excessiva Judicialização. Ou seja, não há o aval, no texto constitucional, para que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal aja em soberania, pois não há uma soberania natural ao Judiciário, mas uma construção ideológica, alicerçada na omissão e conveniência da esfera política, criando uma soberania judicial consentida (FREITAS; CABRAL, 2018, p. 22).

Foi pensando em situações como essa que agiu o constituinte originário quando dividiu os poderes em três (Legislativo Executivo, Judiciário), impondo no art. 2º que: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (BRASIL, 1988, p. 1). Tudo isso visando justamente gerar freios e contrapesos (*checks and balances*) para manter o equilíbrio entre eles e não a supremacia de um sobre o outro. Sendo que tempos depois se adicionou, por meio do Poder Constituinte outros dispositivos de controle de constitucionalidade, via emendas constitucionais, como

> As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), previstas no art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, da Constituição Federal (CF); as Ações de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, caput e § 2º, da CF; as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC), art. 102, inciso I, alínea a, c/c art. 103, da CF; os mandados de injunção (MI), art. 5º, inciso LXXI, da CF, as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), art. 102, § 1º, da CF. A Constituição dispõe ainda da Ação Popular, Art. 5º, LXXIII, CF; Ação Civil Pública, art. 5º, inc XXXV, CF; e Plebiscito e Referendo, previstos no artigo 14 da Constituição, como formas do povo participar de maneira mais direta das decisões do Estado ((FREITAS; CABRAL, 2018, p. 12).

Observe-se que mediante essas ações é que o Judiciário poderá entrar na seara dos demais poderes. Nesse passo segue-se apontando outro exemplo emblemático a ser citado como ativismo judicial é o caso da "[...] construção jurisprudencial do STF que rege o cerne dos conflitos a respeito da união homoafetiva. Não há ainda regulamentação legislativa, apesar de dezenas de projetos de lei sobre o tema tramitarem nas casas legislativas a lentos passos" (FREITAS; CABRAL, 2018, p. 13). Note-se que o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu o papel de legislador legalizando a união homoafetiva usurpando, desse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

modo, atribuição do Poder legislativo. Pois entende-se que o certo é que as discussões fossem feitas nas duas casas do Congresso Nacional: Câmara dos Deputados e Senado Federal.

Tenha-se presente que o fato de os congressistas não tratarem de determinado assunto, não significa que eles são omissos, pode ser que seja uma escolha política para o momento daquela conjuntura. No entanto, quando partidos menores ou mal intencionados não aceitam a postergação de alguns projetos recorrem ao Supremo Tribunal Federal que em decisão, muitas vezes, monocrática decide realizando verdadeiro ativismo judicial. Assim, não há qualquer dúvida que o ativismo judicial em solo brasileiro apresenta-se como um tema preocupante para a sociedade brasileira:

> Juízes e cortes ativistas não se sentem restringidos à literalidade das Constituições e da legislação infraconstitucional. Há certa deliberação em utilizar da equivocada abstrativização de princípios, tendo como norte o cumprimento dos preceitos constitucionais e estruturantes do ordenamento jurídico frente às transformações sociais. Adeptos do ativismo judicial enxergam nas normas constitucionais certa plasticidade e, dado seu dinamismo, afastam o sentido literal do texto se necessário, a fim de aproximar a norma aos casos concretos e ao momento histórico presente. Além disso, é importante ressaltar a ocorrência da omissão legislativa inconstitucional, situação em que o Legislativo ou o Executivo são inertes em suas funções típicas, podendo resultar em quadros graves como o Estado de Coisas Inconstitucional (PIERONI; MASCARENHAS, 2020, p. 1).

Com efeito, observa-se pela citação acima que Cortes ativistas como a brasileira enxergam na Constituição uma plasticidade que lhe permite afastar o sentido literal do texto e aplicar o ativismo judicial, o que pode ser interpretado como uma forma de deslegitimar os demais poderes, ou representantes diretos destes.

É nesse sentido que estudiosos como Joana Souza Machado, Sérgio Cristovam, Manoella Cipriani, Davi Guimaraes e Azevedo Campos que defendem o entendimento de que o ativismo judicial pode ser interpretado como uma espécie de *lawfare* contra o poder político caso não seja usado com a devida cautela e excepcionalidade, pois o:

> [...] fato de os juízes e desembargadores - agentes públicos não eleitos - exercerem fatalmente poder político que por vezes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> contraria as disposições oriundas do Poder Executivo ou Legislativo cujos membros representam a vontade popular, faz surgir controvérsias e questionamentos sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, principalmente na figura do Supremo Tribunal Federal, ter ou não legitimidade para inovar o ordenamento jurídico ou invalidar decisões daqueles que foram escolhidos pelo povo (CAMARGO, 2016, p. 234).

Essa concepção se calca no entendimento de que a partir do ativismo judicial os ministros passam a decidir em questões que desbordam das competências do STF e adentram na esfera do Poder Legislativo ou Executivo deixando de seguir a Constituição Federal promovendo desequilíbrio entre os poderes, atingindo inclusive os chefes daqueles poderes, maculando-os politicamente (PAULINO FILHO, 2018).

Para teóricos acima mencionados devem ser consideradas preocupantes as decisões de ministros do STF ou demais magistrados que empregam do ativismo judicial em casos que não são de sua competência, mas do legislativo por meio da consulta popular. A imposição da crença pessoal, do livre convencimento, seja esse motivado ou imotivado, além da persuasão racional do jurista pode criar verdadeiro choque entre os poderes e gerar insegurança jurídica no país. Desse modo, o ativismo judicial deve ser considerado um **lado negativo, verdadeira** ditadura do Poder Judiciário, que atropela os demais poderes, guerreando contra todos eles e se impondo como ultima *ratio* (GUIMARAES, 2020).

Reforça esse entendimento interpretações sobre o ativismo judicial perpetrado pela Corte do STF onde se chega ao entendimento de que:

> As recentes decisões ativistas da Corte Constitucional do Brasil falam mais sobre a democracia exercida em *terrae brasilis* do que sobre a própria atuação do Supremo Tribunal Federal. Ora, as aberrações hermenêuticas vistas são frutos do casamento entre uma tripartição falida dos Poderes e um oportunismo judicial. São tempos de revisão de conceitos a fim de que não se radique nesta Terra de Vera Cruz um velho terror com novas feições: o Leviatã (agora) judicial (STRECK, 2007, p. 47).

Em que pese todas essas considerações a doutrina majoritária não interpreta o ativismo judicial como um tipo de *lawfare*. Pois como já se disse alhures esse termo designa guerra jurídica perpetrada por um político contra outro na seara do Judiciário, o que não é o caso do Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que a corrente doutrinária majoritária encabeçada por doutrinadores como Daniel

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sarmento, Gisele Citadino, Carlso Navarro Perez, Néviton Guedes, Jackson Medeiros, e Rocco Nelson entendem que o ativismo judicial é apenas:

> [...] uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a "bons ativismos judiciais" para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar (STRECK, BARRETTO; OLIVEIRA, 2009, p. 77).

Essa concepção denota que o ativismo judicial longe de ser um tipo de *lawfare* tem em vista decidir questões que envolvem "[...] a redemocratização e assimilação cultural-jurídica da supremacia dos princípios e valores consagrados na Constituição Federal que tratam das diversas formas de relacionamento" (PAULA, 2014, p. 3).

Além disso, que ele se reveste de uma nova lógica e forma de se interpretar a jurisdição que está sendo realizada no novo cenário em que se constitui o Estado Constitucional Democrático de Direito, cujos bastiões do texto constitucional necessitam ser interpretados satisfazendo as situações fáticas que se apresentam. Por isso cabe ao Poder Judiciário se investir dessa missão (MEDEIROS; NELSON, 2012, p. 215).

Diante dessas observações constata-se que o *lawfare* no Brasil não deve ser confundido ou interpretado como ativismo judicial, mas que ele possui como principal efeito esse ativismo. E que ao inovar no cenário jurídico servindo-se do ativismo judicial ele corre o risco de ser interpretado como um tipo de *lawfare* quando se dirigir diretamente ao cenário político e confrontar o Poder executivo ou legislativo por meio de decisões que afetem suas atribuições.

4 CONCLUSÃO

O estudo revelou na literatura investigada que o ativismo judicial é na atualidade uma pratica realizada pelo Poder Judiciário em solo brasileiro, tendo como justificativa dos magistrados solucionar conflitos e alcançar a paz social. Constou-se na literatura passada em revista que a prática do *lawfare,* espécie de estratégia política para manipular as leis e prejudicar opositores políticos, se disseminou em países europeus e latino americanos, especialmente naqueles com governos democráticos, como o Brasil, e que ela tem encontrado lugar comum em cortes ditas ativistas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Verificou-se no estudo que o ativismo judicial pode contrariar a harmonia que deve vigorar entre os três poderes, sobretudo se o Poder Judiciário, na figura dos ministros do STF, e que pode ser confundido como uma espécie de *lawfare.*

Percebeu-se na investigação realizada na literatura que há uma acirrada controvérsia entre estudiosos e doutrinadores sobre o ativismo judicial e se ele pode ser interpretado como uma espécie de *lawfare* contra o poder político. Observou-se que a corrente doutrinária majoritária elencada por doutrinadores como Daniel Sarmento, Gisele Citadino, Carlos Navarro Perez, Néviton Guedes, Jackson Medeiros, e Rocco Nelson entendem que longe de ser um tipo *lawfare* o ativismo judicial visa, na verdade, decidir questões de ordem da redemocratização e assimilação da cultura jurídica e dos valores consagrados na Constituição Federal brasileira de 1988.

Verificou-se que

Dado o exposto, convém dizer que o estudo atingiu seus objetivos, uma vez que foi possível concluir através do levantamento bibliográfico que não é possível afirmar que todo ativismo judicial é um tipo de *lawfare*, mas constatou-se na literatura que quando ele é empregado pelo Poder Judiciário, em especial pelos ministros do STF, como ferramenta de guerra política contra líderes dos demais Poderes (Executivo e Legislativo), provavelmente eles ele está sob influências do *lawfare,* pois principal efeito deste é o ativismo judicial.

Diante dos resultados encontrados sugere-se ao legislador pátrio que institua leis prevendo o ativismo judicial, constrangendo sua abrangência quando essa afrontar os demais poderes e transparecer guerrear contra eles. Nessa linha de intelecção adverte-se os estudiosos da matéria para o fato de que ainda é cedo para dizer se o ativismo judicial é bom ou mau.

REFERÊNCIAS

BARROS FILHO, Geraldo Carreiro de; FARIAS, Athena de Albuquerque; OLIVEIRA, Gislene Farias de. Considerações sobre o Instituto do Lawfare. *Id onLine Rev. Psic.*, v.10, n. 33. Supl. 2., jan., 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/313022093_Consideracoes_sobre_o_Instituto_do_Lawfare. Acesso em: 24 maio 2020.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista Atualidades Jurídicas* [online], jan./fev., 2009. Disponível em: http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/95503/lei-de-toxicos-lei-11343-06. Acesso em: 23 maio 2020.

_____. *Constituição da república federativa do Brasil.* Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*, v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CARVALHO, Carlos Alberto; FONSECA, Maria Gislene Carvalho. Violência em acontecimentos políticos: jornalismo e lawfare no caso Lula. Galáxia [online], São Paulo, p. 100-112, 2019. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/gal/nspe1/1982-2553-gal-spe1-0100.pdf. Acesso em: 24 maio 2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; CIPRIANI, ManoellaPeixer. Sobre o ativismo judicial nas questões relacionadas ao direito à saúde: mensageiro da boa nova ou lobo em pele de cordeiro. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 163-188, set./dez., 2017. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Dialnet-SobreOAtivismoJudicialNasQuestoesRelacionadasAoDir-6233926.pdf. Acesso em: 23 maio 2020.

FREITAS, William Pereira de; CABRAL, Alex Ian Psarski. A Politização da Justiça e o Resgate da Função Constitucional do Supremo Tribunal Federal. *Revista Pensar Direito*, v. 9, n. 1, jan., 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. *O ativismo judicial no brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais*. 2014. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/. Acesso em: 21 maio 2020.

GUIMARAES, Ronaldo Davi. Lawfare Midiático vs Ativismo Judicial. Qual instituto causa mais dano ao Estado? *Jusbrasil* [online], 2020. Disponível em: https://wwwronaldodavidguimaraescombr.jusbrasil.com.br/artigos/867357643/lawfare-midiatico-vs-ativismo-judicial-qual-instituto-causa-mais-dano-ao-estado. Acesso em: 30 set. 2020.

MACHADO, Joana de Souza. *Ativismo judicial no supremo tribunal federal.* 2008. 130f. Tese [Mestrado em Direito] – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MARTINS, Sérgio Merola. *Ativismo judicial:* tudo o que você precisa saber. 2019. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/ativismo-judicial/. Acesso em: 21 maio, 2020.

MARTINS, Kamila Mendes. *Com casos recentes de ativismo judicial, stf estaria passando dos limites*. 2019. Disponível em: http://www.gazetadopovo.com.br/. Acesso em: 22 maio, 2020.

MATOS, Erika Amaral. Lawfare: uma introdução ao tema e uma aproximação à realidade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 161, p. 227-249, nov., 2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/337010987_Lawfare_uma_introducao_ao_tema_e_uma_aproximacao_a_realidade_brasileira. Acesso em: 22 maio, 2020.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva; NELSON, Rocco Antonio Rangel Neoconstitucionalismo a ativismo judicial – limites e possibilidades da jurisdição constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 21, n. 84, 2013. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/26467. Acesso em 30 set. 2020.

NOVO, Benigno Nunez. *O que lawfare?*. 2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/74705/o-que-e-lawfare. Acesso em: 21 maio 2020.

PAULA, J. L. M. de. *Democracia e jurisdição.* Curitiba: JM Editora e Livraria Jurídica, 2014.

PAULINO FILHO, Ronaldo José de Sousa. O arbítrio do juízo – atuação judicial contemporânea: liberdade ou arbitrariedade? *JURIS*, Rio Grande, v. 28, n. 1, p. 91-109, 2018. Disponível em: https://periodicos.furg.br/júris/article/view/7849#:~:text=O%20artigo%20tem%20por%20objetoprotagonismo%20e%20uma%20pos%C3%Advel%20arbitrariedade. Acesso em: 30 set, 2020.

PEDRO, Antonio Fernando Pedro. *Lawfare:* guerra legal, contexto mundial e governo bolsonaro. 2019. Disponível em: http://www.ambientelegal.com.br/lawfare-guerra-legal-contexto-mundial-e-o-governo-bolsonaro/. Acesso em: 22 maio, 2020.

PIERONI, Eniopaulo; MASCARENHAS, Lucas Chaves. Considerações quanto ao ativismo judicial realizado frente ao estado de coisas inconstitucional. *JUS.COM.BR,* [online], 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79398/consideracoes-quanto-ao-ativismo-judicial-realizado-frente-ao-estado-de-coisas-inconstitucional#. Acesso em: 30 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 983 de 07/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

POGREBINSCHI, Thamy. Ativismo Judicial e direito: considerações sobre o debate contemporâneo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, n. 17, ago./dez., 2000.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires;TAVARES, Natália Lucero Frias. *O uso do sistema penal como lawfare político*. In: BASSO, Ana Paula; MONTEIRO, Fernando Eduardo Batista Conde; SANTOS, Margarida Maria de Oliveira. (Org.). *Criminologias e política criminal.* Florianópolis: CONPEDI, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte. *RECHTD*, v. 1, n. 2, p. 75-83 , jul./dez., 2009. Disponível em: http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401. Acesso em: 30 set. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisprudencial e o supremo tribunal federal.* Curitiba: Juruá. 2009.

NOTA:

[1] Profa. Dra. Maria Laura Lopes Nunes Santos Orientador de Trabalho de Conclusão do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA. E-mail: malau_lopes@yahoo.com.br