

NOVAS

PERSPECTIVAS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

Cristian Kiefer da Silva (Org.)

VOLUME 3

Prefácio de
Herman Nébias Barreto



Alinhado com essas premissas básicas, a presente obra oferece esse espaço cultural e científico para todos aqueles que desejam compartilhar aprendizado e promover o debate de temas jurídicos, políticos e filosóficos. Contudo, por meio desse intercâmbio da construção do conhecimento, permite-se que os diversos ramos cognitivos possam sedimentar-se num conhecimento amplo e global, corrigindo rumos e acertando marcos divisórios, sem nunca perder a autopoiese de cada centro de multiplicação do saber. Como resultado do nosso trabalho, a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática depende do constante aprendizado e da multiplicação do saber. Sem o permanente compartilhamento do conhecimento não há democracia, sem conhecimento não há liberdade, muito menos igualdade. Aprender e multiplicar conhecimento são mais do que um direito fundamental; acima de tudo corresponde a um dever de todos os cidadãos para a consolidação de uma sociedade mais justa e solidária.



Novas perspectivas do Direito Contemporâneo

Novas perspectivas do Direito Contemporâneo

Coletânea de Direito Público

Volume 3

Organizador
Cristian Kiefer da Silva



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.conceptualeditora.com/>

Fotografia de Capa: Philippe Oursel - philippeoursel.com

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR) https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

SILVA, Cristian Kiefer da (Org.)

Novas perspectivas de direito contemporâneo, volume 3: coletânea de Direito Público [recurso eletrônico] / Cristian Kiefer da Silva (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2021.

930 p.

ISBN - 978-65-5917-194-1

DOI - 10.22350/9786559171941

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Direito Contemporâneo; 2. Direito Público; 3. Ciências jurídicas; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Mensagem aos leitores

Cristian Kiefer da Silva

Preliminarmente, gostaria de registrar o meu singelo agradecimento a todos os docentes e discentes que contribuíram com a produção de trabalhos científicos valorosos para esta obra literária. A reflexão acerca dos pretensos saberes sobre os quais o direito busca sua fundamentação é a proposta central desta obra que se coloca no horizonte mais amplo de compreensão para os estudiosos e profissionais do direito. Nesse sentido, este livro é fruto de um primoroso e cuidadoso trabalho desenvolvido entre docentes e discentes preocupados em trazer para o mundo do direito questões que são extremamente relevantes para a vida em sociedade. É bom registrar que, a sociedade contemporânea vem sofrendo inúmeras transformações no campo tecnológico, social, econômico e jurídico, com significativos impactos em nossa sociedade, influenciando sobremaneira a compreensão e (re)interpretação dos institutos jurídicos, dentro do contexto do Estado democrático de direito. Além disso, os conteúdos normativos do sistema jurídico se alteram para adequar-se aos princípios e valores constitucionais erigidos na Constituição da República de 1988, com a finalidade de se promover o desenvolvimento da sociedade e, por conseguinte, garantir a efetiva proteção aos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Alinhado com essas premissas básicas, a presente obra oferece esse espaço cultural e científico para todos aqueles que desejam compartilhar aprendizado e promover o debate de temas jurídicos, políticos e filosóficos. Contudo, por meio desse intercâmbio da construção do conhecimento,

permite-se que os diversos ramos cognitivos possam sedimentar-se num conhecimento amplo e global, corrigindo rumos e acertando marcos divisórios, sem nunca perder a autopoiese de cada centro de multiplicação do saber.

Como resultado do nosso trabalho, a construção de uma sociedade livre, igualitária e democrática depende do constante aprendizado e da multiplicação do saber. Sem o permanente compartilhamento do conhecimento não há democracia, sem conhecimento não há liberdade, muito menos igualdade. Aprender e multiplicar conhecimento são mais do que um direito fundamental; acima de tudo corresponde a um dever de todos os cidadãos para a consolidação de uma sociedade mais justa e solidária.

Antes de encerrar, não poderia faltar o convite ao leitor para a participação nos próximos números, pois nosso Grupo de Pesquisa em Direito está trabalhando na próxima edição, o que faz com novo ânimo, já que temos agora a responsabilidade de quem adquiriu a maioria. Venha participar você também dessa construção e multiplicação do conhecimento, cumprindo com o seu papel de cidadão.

Boa leitura a todos!

Sumário

Prefácio **15**

Herman Nêbias Barreto

Capítulo 1 **21**

Os riscos da implementação da inteligência artificial no processo decisório

Raphael Caetano Rodrigues Silva
Ana Flávia Sales
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 2 **61**

Um panorama dos métodos de conciliação e mediação no Poder Judiciário de Minas Gerais

Israel da Silva Batista
Jonathan de Melo Costa
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 3 **89**

Abandono paterno, responsabilização civil e repercussões sociológicas

Lara Carolina Anjos Araújo
Rafaela Oliveira Pontes
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 4 **111**

A contribuição das serventias extrajudiciais para a redução do número de processos no poder judiciário

Diego Henrique Notório Macedo
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 5 **145**

O usuário de drogas e sua contribuição para o aumento da criminalidade no Brasil

Emylle Fernanda Silva Martins
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 6 **166**

Inquérito policial: a aplicabilidade do princípio da insignificância pelo delegado de polícia

Clara Luiza Freitas Fernandes de Aquino
Manuelle Magalhães Lopes
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 7

192

Superlotação carcerária no Sistema Prisional Brasileiro: uma violação aos direitos e garantias fundamentais

Gabriel Gonçalves
Gabriela Soares da Silva
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 8

220

O Direito Penal e a Lei nº 9.605 de 1998 como uma garantia de preservação do meio ambiente

Júlia Arêdes de Abreu Matos
Fernando Teixeira de Paula
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 9

248

A violência doméstica como fator gerador para o feminicídio

Juliana Batista da Silva
Mariana Luiza Santos Lopes
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 10

278

Crime de estupro: análise do valor probatório no depoimento da vítima

Jéssica Pâmela da Silva Moutinho
Nayalla Ferreira Sol
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 11

307

Aumento do limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos na contramão dos direitos fundamentais

Cristian Martin Soares de Oliveira
Thiago Augusto Santos de Castro
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 12

329

Meios coercitivos e indiretos de exação de tributos

Lucas Vinícios Cruz
Henrique Avelino Lana

Capítulo 13

364

A Lei Complementar nº 167/2019 e sua relevância para os *fintechs*

Henrique Avelino Lana
Lucas Vinícios Cruz

Capítulo 14

393

Eventuais consequências cíveis e criminais e a atividade de incorporação imobiliária

Henrique Avelino Lana
Lucas Vinícios Cruz

Capítulo 15

419

Sucessão dos bens digitais: perspectivas no ordenamento jurídico para o direito de personalidade pós-morte

Aurilene Thaís Ferreira da Silva
Flaviane Monteiro
Isabela Maria Marques Thebaldi

Capítulo 16

439

A guarda compartilhada como forma de inibição da síndrome da alienação parental

Fernanda Caracci Gomes Martins
Isabela Luiza da Silva Santiago
Isabela Maria Marques Thebaldi

Capítulo 17

464

Crescimento das facções criminosas nos presídios e a sua relação com a reincidência criminal

Bruno Damacena Peneda
Luisa Oliveira e Silva
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 18

482

Família multiespécie, um novo conceito de família: a proteção dos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos casais

Jeniffer Sabrina da Silva Gomes
Victor Erik Oliveira Machado
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 19

505

Criminalização da homofobia: competência legislativa ou dever judiciário?

Lucas Emanuel da Silva Moreira
Max Tomé Leal
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 20

523

Alienação parental do idoso: como combatê-la?

Gustavo Fernandes de Albuquerque
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

Capítulo 21

545

O (des)amparo dos transgêneros no ordenamento jurídico brasileiro

Miguel Augusto Viana Pinto
Juliana Paula Costa Ribeiro
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 22

588

Análise do assédio sexual no trabalho e sua devida reparação

Joice Suellen Menezes da Silva
Rochelle Ferreira Paraíso
Lucas Campos de Andrade
Ana Flávia Sales

Capítulo 23

602

A não distinção de punibilidade entre pequenos e grandes traficantes em detida análise da Lei nº 11.343/2006

Leandro Henrique Brito
Wallacy David Gregório
Cristian Kiefer da Silva

Capítulo 24

633

Direito sistêmico: uma nova abordagem de solução de conflitos no âmbito jurídico

André Filipe Nepomuceno Miranda Leite
Victor dos Santos Bruce

Capítulo 25

658

A interpretação do § 1º do Artigo 61 da Lei nº 11.101/05: uma análise sob o enfoque da teleologia e da equidade

Gabriel Marques e Souza
Tiago Infantini dos Santos
Allan Duarte Milagres Lopes

Capítulo 26

675

Prática abusiva da venda casada como pré-requisito para aprovação de crédito bancário

André Vinícius Arcanjo Diniz Sousa
Rafael Marques e Souza
Allan Duarte Milagres Lopes

Capítulo 27

686

Uma releitura do potencial humano em William Shakespeare: a capacidade de compreensão do “ser” no contexto jurídico-literário

Cristian Kiefer da Silva
Rafaela Oliveira Pontes

Capítulo 28

713

A proposta de superação da “injustiça extrema” através da necessidade de (re)construção conceitual do direito

Cristian Kiefer da Silva
Alessandra Mara de Freitas Silva

Capítulo 29

739

Um diálogo necessário sobre os direitos humanos e a noção de dignidade da pessoa humana: a crise humanitária envolvendo os refugiados em um contexto global

Cristian Kiefer da Silva
Alessandra Mara de Freitas Silva

Capítulo 30

761

Judicialização da saúde em face da pandemia de Covid-19

Douglas Gonçalves Pimentel
Marcos Henrique Fernandes Júnior
Herman Nebias Barreto

Capítulo 31

793

Técnica processual de elaboração da petição inicial

Alexia Maria Barbosa Medina de Moura
Nathália Ferreira Araújo
Ana Flávia Salles

Capítulo 32

822

Violência doméstica: aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 e a (in)eficácia das medidas protetivas

Gabrielle Cristine Ferrari de Araújo
Leonara Nadiele Rodrigues Cruz
Adriana Patrícia Cortopassi Coelho

Capítulo 33

849

O impacto da violência doméstica na vida da mulher que exerce o trabalho remoto em tempos de pandemia de COVID-19

Aline Ricelli Gonçalves Andrade
Thalita Grazielle Pereira de Souza
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas

Capítulo 34

870

PCC- impactos da ação da organização criminosa nos presídios e na sociedade

Hiago Alves Moreira
Ketelly Kelly de Oliveira Reis
Lucas Campos de Andrade

Capítulo 35

892

Pacote “anticrime”: é possível ressignificar uma mudança na forma de conceber o crime e as respostas a ele?

Cristian Kiefer da Silva
Rafaela Oliveira Pontes

Sobre os autores

921

Prefácio

*Herman Nébias Barreto*¹

Este livro é resultante dos esforços cooperativos de investigação científica de estudantes e professores da UNA sobre questões de direito – antigas e novas – que reclamam redescrções, interpretações inauditas e a formulação de soluções diferentes que devem buscar respaldo em argumentos cogentes, sejam eles dedutivos ou indutivos, porém sempre refutáveis em face de outros raciocínios mais corretos ou provas mais robustas.

Parafraseando Karl Popper (2010), a busca da verdade e de soluções mais adequadas para os nossos problemas não são o único propósito da ciência. Devemos desejar verdades e soluções justas para o direito, mas sobretudo aquelas interessantes, difíceis de encontrar e exigentes em esforço cognitivo, porque essas são as mais desafiadoras ao espírito investigativo e tendem a oferecer as contribuições mais significativas para a sociedade, ainda que provisórias e superáveis.

Numa etapa do século XXI marcada por uma grande irresponsabilidade epistêmica e pela profusão de falácias nos discursos públicos a valorização acadêmica da investigação científica é crucial para se contrapor às forças culturais que tendem a levar à renúncia ou à corrosão das práticas do bem raciocinar e argumentar no direito. Negacionismo, narrativas conspiratórias, *fake-news*, pós-verdade, imposturas retóricas, confusão entre o real e virtual, publicidade de desinformação são alguns dos sintomas da crise epistemológica

¹ Centro Universitário UNA

contemporânea que desfavorece a busca imparcial da verdade visando soluções jurídicas cada vez melhores aos desafios sociais de nosso tempo.

Contudo, é possível e necessário cultivar algumas posturas epistêmicas, como contraponto a esses vieses cognitivos negativos da vida intelectual de nossa época, mediante a adoção de atitudes que resistam à sedução fácil de querer se posicionar sobre a realidade sem se dar o trabalho de ter que refletir conforme a ciência e sem assumir a responsabilidade epistêmica por seus atos como cidadão e profissional do direito. Nesse sentido, é auspicioso ver o esforço de estudantes e docentes da UNA dedicarem-se aos desafios de fazer pesquisa em direito em tempos tão adversos. Experimentar e arriscar-se a fazer ciência é um dos melhores antídotos contra as atitudes predatórias que obstruem o esforço cooperativo para a emancipação individual e coletiva por meio da construção de conhecimento sobre nossos problemas, dúvidas e indagações.

A nossa conduta epistêmica é decisiva para todos os aspectos de nossas vidas, inclusive para aqueles supostamente mais comezinhos. Refletir, racionar, argumentar, criticar e avaliar de forma racional e responsável são ações indispensáveis para sustentação das relações sociais de uma sociedade democrática nas situações triviais ou solenes, nos espaços públicos e privados, nas conjunturas ordinárias e extraordinárias, diante de problemas locais ou universais. A sobrevivência de nossas formas de vidas e de nossas instituições sociais depende da nossa competência de investigar, explorar e compreender as características do mundo, recusando-se a aceitar ideias, concepções e interpretações que não consigam provar adequadamente o que postulam.

Daí a necessidade de refletirmos com base nos estudos de psicologia cognitiva e nas contribuições da epistemologia contemporânea o que poderíamos designar como um elenco de «virtudes epistêmicas» e

«vícios epistêmicos» para nos conscientizarmos sobre a nossa inevitável falibilidade cognitiva e moral. O filósofo, Desidério Murcho (2019), nos oferece uma bela formulação dessas «virtudes epistêmicas» que contribuem para o bem-estar das democracias que apresento seguidamente de uma forma condensada.

Em primeiro lugar, há que se cultivar a virtude da curiosidade intelectual que nos impele a envidar esforços apaixonados para melhor compreender os fenômenos naturais e sociais que nos maravilham, atemorizam ou indignam. Segundo, a virtude da modéstia intelectual consistente no reconhecimento da nossa fragilidade epistêmica com a disposição de sempre rever premissas, teorias, métodos e as inferências que não se afiguram mais cogentes à luz de contraprovas. Terceiro, a virtude da autonomia intelectual que significa não desistir de pensar por si mesmo, porém sem incorrer na atitude ingênua ou arrogante de desdenhar as contribuições alheias para a formação das próprias convicções. Quarto, a virtude da atenção que se traduz na resistência à captura de seu tempo, energia e foco pelo voraz mercado das mídias sociais que não poupa táticas para lucrar com a sua dispersão inócua. Quinto, a virtude do rigor que se expressa no cuidado e honestidade de corrigir ininterruptamente os erros cometidos. Sexto, a virtude da exaustividade que nos leva a perseguir, na medida do possível, a construção de descrições, interpretações e compreensões as mais abrangentes possíveis, rechaçando soluções apressadas, superficiais, irrefletidas e simplificadoras. Sétimo, a virtude da abertura de espírito que sabe acolher as críticas pertinentes que possam ser pessoalmente construtivas ainda que animadas de malevolência do seu emissor. Oitavo, a virtude da coragem intelectual que se exprime no enfretamento do temor falhar e não ter êxito, mas jamais fazer a defesa irresponsável de ideias sabidamente falsas e infundadas. Nono, a virtude da tenacidade intelectual que exige

que devoção e sacrifícios nos esforços cognitivos, rejeitando as falácias de um aprendizado fácil, rápido e sem dedicação. Décimo, a virtude da integridade intelectual que se revela na resistência de colocar a ciência a serviço do status, do marketing pessoal, da atenção do chefe ou do modismo acadêmico conveniente.

Falou-se de virtudes epistêmicas desejáveis de serem perseguidas. E quanto aos vícios epistêmicos evitáveis? Com a contribuição de alguns filósofos da ciência contemporâneos é mais fácil problematizá-los e perceber a sua ocorrência frequente no debate público contemporâneo.

Jason Baehr (2010) chama-nos a atenção para o vício da «malevolência epistêmica» que configura a postura ativa e engajada de oposição ao conhecimento em si, usando táticas de obstrução da difusão do saber fundamentado, litigando contra fatos genuínos com mentiras, tirando partido da sementeira de dúvidas contra provas científicas esmagadoras, com o ânimo de produção e manutenção da ignorância.

De sua parte, Quassim Cassam (2018) ressalta as consequências sociais nocivas do vício do «descaso epistêmico» que consiste na postura de indiferença à verdade, às evidências e à ciência em geral, caracterizada por uma falta de seriedade intelectual, pela leviandade na sustentação de opiniões no debate público e pela displicência de buscar argumentos sérios para questões complexas. O olhar de Alessandra Tanesini (2016) recai sobre o vício da «húbris epistêmica» que consiste na convicção de ter direito ou privilégio a desconhecer ou não precisar de saber fatos significativos da vida social e organizacional exercidos por aqueles que são titulares de posições de poder público ou cargos de chefia nos locais de trabalho.

Por último, Gaile Pohlaus (2021) nos convida a refletir sobre o vício da «injustiça epistêmica» que se traduz nas práticas sociais, individuais e institucionais, mediante ações e omissões que acarretam

deliberadamente danos às pessoas como agentes cognitivos ao criar obstáculos para certos indivíduos ou grupos sociais vulneráveis conhecerem o que lhes interessa saber, com distorções de compreensão e boicote à pesquisa científica, com a omissão e descrédito de certas tradições científicas sem debate ou provas e com a supressão seletiva de testemunhos cognitivos ou experiências de aquisição de saber.

Indivíduos, grupos e instituições podem incorrer nesses vícios epistêmicos. Contudo, é nosso dever combatê-los e evitá-los a partir do momento que se ganha consciência da existência deles. Novas dinâmicas sociais correspondem sempre a novos desafios científicos. Podemos esperar que um passo importante foi realizado com as publicações dos estudantes com apoio de seus docentes da UNA que aqui se apresentam ao público leitor no esforço de cultivar uma maior responsabilidade epistêmica.

Referências

- BAEHR, Jason. Epistemic Malevolence. *Metaphilosophy*. Oxford. v. 41, n.1-2, p. 189-213, jan. 2010.
- CASSAM, Quassim. Descaso Epistêmico. Tradução de Desidério Murcho. *Crítica*. 21 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://criticanarede.com/descaso.html>>. Acesso em: 3 jun. 2021.
- MURCHO, Desidério. Virtudes Epistêmicas. *Estado da Arte: revista de cultura, artes e ideias*. 29 de agosto de 2019. Disponível em <https://estadodaarte.estadao.com.br/virtudes-epistemicas/> Acesso em: 20 jun. 2021.
- POHLAUS, Gaile. Varieties of Epistemic Injustice. In: KIDD, Ian James; MEDINA, José; POHLAUS, Gaile. (ed.) *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*. Routledge: London, 2017. 456 p.

POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. 1ª edição. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Editora Contraponto, 2010. 438 p.

TANESINI, Alessandra. «Calm Down, Dear»: Intellectual Arrogance, Silencing and Ignorance. *Aristotelian Society*. London. v. 90, n. 1, p. 71–92, jun. 2016.

Capítulo 1

Os riscos da implementação da inteligência artificial no processo decisório

Raphael Caetano Rodrigues Silva

Ana Flávia Sales

Cristian Kiefer da Silva

1 Considerações iniciais

A implementação da inteligência artificial (IA ou AI) em diversas áreas profissionais está deixando de lado a sua feição meramente ficcional, passando, agora, a incorporar a realidade de muitas pessoas, nas mais díspares ocupações. Os atos que, a princípio, eram realizados apenas por humanos, hoje não mais o são, na medida em que se busca, a todo tempo, a facilitação na execução de tarefas e, sobretudo, na prestação de serviços.

O fenômeno da utilização das IA se explica porque, à medida em que se tem evoluções tecnológicas, o homem fica mais tendente a utilizar dos novos recursos proporcionados, buscando uma facilitação na realização de seus afazeres cotidianos, o que é justificável, tendo em vista que, cada vez mais, pretende-se deixar de lado as atividades de realização mais árdua.

Conforme será demonstrado, o evento da evolução tecnológica, ligado à serventia na realização de tarefas, muito tem contribuído para que, no âmbito do Judiciário, adotássemos a necessidade do implemento de inteligências robóticas, de tal sorte que haja uma solução rápida e fácil para o grande número de demandas submetidas ao crivo do referido órgão constituído, mesmo que tal fato ocorra em detrimento de garantias processuais constitucionalmente previstas, e em prol, exclusivamente, de celeridade processual que, a bem da verdade, constitui, do mesmo modo,

um fator *sine qua non* para a concretização de um devido processo legal, já que processo devido é, também, um processo célere.

Cumpramos ressaltar, no entanto, que não se pretende, com o presente trabalho, desprestigiar a utilização de meios tecnológicos para que haja uma simplificação no feitiço de tarefas do dia a dia, eis que o fenômeno da evolução tecnológica é plenamente louvável, irrefreável e muito tem contribuído para os avanços sociais. O que se busca demonstrar é que, inobstante deva ser dada uma importância honrosa às máquinas e à tecnologia, não se afiguraria razoável a utilização de robôs em substituição a juízes humanos, haja vista que poderia haver a supressão de direitos fundamentais no processo, além de se dar azo à insolubilidade de pretensões deduzidas em juízo, que deveriam ser resolvidas apenas por um ser humano – considerado em sua sensibilidade, racionalidade e capacidade –, e não por uma estrutura matematicamente constituída.

Por óbvio – e desse fato não devemos nos atrever à discordância –, a prestação jurisdicional encontra amparo no princípio da eficiência, consubstanciado no art. 8º do Código de Processo Civil – cujo fundamento constitucional, por interpretação extensiva, também encontra guarita no art. 5º, LIV – que também se traduz num exercício célere da função judicial, o que, facilmente, poderia realizar-se com a utilização de robôs. Todavia, contrapondo-se à ideia fixada, não é possível falar em prestação eficiente da jurisdição, quando do processo decorrem atos que suplantam direitos fundamentais, mitigando-se a constitucionalização e a democratização processual, que será a abordagem defendida e sobre a qual se funda o presente trabalho.

2 A inteligência artificial frente às garantias constitucionais: um risco ao devido processo legal

A busca frequente por uma celeridade processual, pautada na realização de atos perpetrados por inteligências artificiais, é a medida mais comezinha e, hodiernamente, é a que reiteradas vezes se impõe, mesmo que de modo paulatino e, por vezes, até muito sublime. Antes, porém, é necessário que teçamos e estabeleçamos uma breve noção preliminar sobre a robótica, para que, então, possamos perceber, no plano jurídico-processual, os riscos que a sua implementação pode nos ocasionar.

Maja Matarić (2014, p. 17) aduz que o conceito de robô muito tem evoluído com o passar dos anos, e que a etimologia da palavra “robô” está atrelada, em sua tradução literal, a um servo que realiza trabalhos obrigatórios e repetitivos.¹ Não obstante tenha havido a evolução do conceito, fato é que a sua função atual remonta-nos a ideia dada pela sua tradução literal, perfazendo-se o robô como uma máquina que realiza tarefas das mais árduas e cuja prática pretende ser evitada pelo próprio homem, que anseia, cada dia mais, por simplificar os seus meios de trabalho e o seu estilo de vida.

A robótica é absolutamente fundada em elementos matemáticos que contribuem para a maneira de aprendizado das IA – o que se atribui o nome de *machine learning* – e para o seu funcionamento por algoritmos, não havendo falar em critérios subjetivos ou abstratos, tal como ocorre com o ser humano, eis que se está diante de uma ciência cuja aplicação configura-se de maneira objetiva, concreta e, sobretudo, exata – a exatidão refere-se ao fato de que a inteligência artificial, quando decididora, utiliza de algoritmos tipicamente voltados a cálculos matemáticos de

¹ A expressão “robô”, segundo Maja Matarić (2014, p. 17), resulta da junção das palavras tchecas *robota*, cujo significado é “trabalho obrigatório”, e *robotnik*, que significa “servo”.

probabilidade –, de forma rápida e que dá solução às situações de uma maneira muito mais célere, o que justifica a sua ampla utilização.

Nessa vertente, Dierle Nunes e Ana Luíza Marques (2018, p. 421) sustentam que a utilização desses sistemas tecnológicos é sobremaneira crescente, haja vista que eles trazem, de fato, precisão e eficiência na prestação dos serviços desempenhados, otimizando-os de maneira tal que as demandas atendidas têm apuração mais rápida.

O raciocínio para a implementação das IA no âmbito do Poder Judiciário encontra amparo justamente nesses fundamentos, no entanto, o que devemos nos questionar é se, realmente, a celeridade, a eficiência e a redução do número de demandas, hoje tão almejados, devem ter primazia com a utilização de tecnologias artificiais de reprodução do comportamento humano, colocando em eventual prejuízo os demais direitos constitucionalmente previstos e que são, da mesma forma, aplicáveis ao processo. Questiona-se, portanto, até que ponto essa prática seria viável, e se, de fato, ela contribuiria para um processo eficiente.

Como já mencionado, é de suma imperiosidade que nos fundamentemos e nos atenhamos ao que preconiza a teoria neoinstitucionalista do processo, desenvolvida pelo jurista Rosemiro Pereira Leal, e cuja aplicabilidade enseja a observância de disposições constitucionais, notadamente as que tocam aos princípios e direitos fundamentais.

É que, para o processo, qualquer que seja ele, faz-se mister a incidência das normas constitucionais (e infraconstitucionais, inclusive) para que, então, se concretize o que se atribui o nome de processo devido, que, no magistério de Rosemiro Pereira Leal (2016, p. 156), é uma instituição com fundamento de ordem constitucional sedimentada no enlace de principiologias e institutos jurídicos também constitucionais, e cuja aplicação, em processo, deverá ser sempre observada.

Também, na mesma linha, Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 46) preleciona que a cláusula geral do devido processo legal constitui um superprincípio diretamente atrelado à noção de justiça, que abarca todos os demais princípios menores (informadores e universais), correlatos ao *due process of law* e, portanto, a ele complementares, e cuja observância garante a justa composição da lide, sendo defeso ao Estado decliná-lo, não aplicando-o ao processo.

É possível que afirmemos, observando a teoria neoinstitucionalista, que a implementação das IA nos processos judiciais pode ser um fato supressor do devido processo legal, compreendido na sua acepção mais genérica, tendo em vista que o exercício de alguns direitos restaria inviabilizado. Isso também ocorreria porque, nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior (2020, p. 46) processo justo e devido é o processo que, para muito além de observar tão somente as disposições legais, dá ao juiz o múnus de valer-se de critérios integrativos, aplicando e considerando, para o caso concreto, não apenas as normas de direito positivo na exata medida do que prescrevem, sem valer-se de outras fontes, como bem ambicionaria Hans Kelsen.

O ponto que devemos nos ater quanto à preleção de Theodoro Júnior – a qual não devemos nos filiar, totalmente – respeita ao fato de que, obviamente, a integração de que se mune o juiz deve ser constitucionalmente balizada e deve considerar, sobretudo, os argumentos trazidos pelas partes, de tal sorte que não haja uma supressão da cláusula geral do devido processo legal, sob pena de restar consubstanciado um despotismo judiciário quanto ao exercício arbitrário da jurisdição.

Isso porque, segundo a teoria neoinstitucionalista do processo, tem-se que é defeso ao juiz valer-se de convicções pessoais – de cuja construção as partes não participaram – para suprir lacunas legislativas, na medida em que se deve considerar os argumentos suscitados no processo pelos

advogados, e que são postos (os argumentos) à disposição do julgador, sob pena de infração aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da vedação de decisão surpresa e dos demais corolários do devido processo legal.

Por esse motivo é que deveriam ser suplantadas as normas que dão ao juiz a faculdade de valer-se, ao decidir, dos costumes e da analogia, *verbi gratia*, já que tais instrumentos são consolidados por suas próprias convicções, sem participação dos destinatários do provimento final. Ademais, tais normas não conferem ao direito processual uma consonância com o Estado Democrático, porque não sedimentam uma lide participativa, já que, no provimento jurisdicional, apenas são consideradas as concepções do juiz quanto aos costumes e outras fontes integrativas.

O causídico, por fazer o papel de intérprete da lei, deve ter os seus argumentos considerados para que haja uma legitimação da democracia processual, de sorte que a decisão da qual será destinatário seja emanada das alegações por ele arguidas, não devendo o juiz, em caso de omissão legal, decidir conforme a sua conveniência, já que existem premissas à sua disposição trabalhadas pelos procuradores das partes, que, por sua vez, sofrerão, diretamente, com os efeitos da decisão, sendo plausível, por isso, que a construção do provimento tenha a sua participação.

Para corroborar as teses acima arguidas, André Cordeiro Leal (2002, p. 63-64) sustenta que a interpretação pautada em principiologia genérica que rege o Direito (outra fonte integrativa permitida em lei em caso de lacuna, da qual poderá o juiz se valer) ainda não resolve, de forma satisfatória, o problema da fundamentação racional das decisões, na medida em que é possível haver contradição entre os princípios. E é nesse momento que as convicções pessoais do julgador seriam colocadas em evidência na sua decisão, já que, segundo André Cordeiro Leal (2002, p.

64) ao intérprete seria dada prerrogativa de escolher quais os princípios seriam aplicados ao caso em concreto, afastando-se, assim, a racionalidade.

Se, em se tratando de principiologia jurídica como fonte integradora do Direito, consegue-se colocar em evidência as convicções pessoais do juiz ao decidir, a mesma lógica se aplicaria, *a fortiori*, nas lacunas cujo suprimento se dá em razão dos costumes, da analogia e de outras fontes da norma.

Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 37-38) aduz que, ainda na modernidade, em que a lei é criada pelo povo ou por seus representantes, não se é possível isentar-se de seus hiatos, razão pela qual confere-se ao Judiciário a função de supri-las. No entanto, o suprimento referido é feito por um decisor que utiliza de critérios integrativos voltados à sua convicção pessoal sobre o que, efetivamente, é justiça, e, vale dizer, trata-se de uma convicção (ética, moral ou consuetudinária) criada por um sujeito que compõe a classe de uma “sociedade intocável”.

Daí porque Rosemiro Pereira Leal (2002, p. 38) sustenta que a função de suprir as lacunas é destinada a um órgão julgador, eis que se busca retardar ou suplantar a atuação da vontade popular para legislar sobre temáticas que refletem na sua vida cotidiana, sendo tal prática supressora indubitavelmente contrária aos postulados de um Estado Democrático de Direito.

[...] portanto, os que entendem ainda a lacuna da lei ou a defesa de sua completude como um problema que, nas decisões, tem de ser dogmaticamente resolvido pelo juiz desconhecem que, nas democracias, nenhuma norma é exigível se seu destinatário não é o seu próprio autor. Daí, se o povo real não legislou, o direito não existe para ninguém. [...] no direito democrático, o que não provido é pelo devido processo legislativo (devido processo legal) não é juridicamente existente. (LEAL, 2002, p. 39).

Ao trabalhar a ideia de consideração dos argumentos do advogado, tem-se manifesta valorização do profissional que é indispensável à administração da justiça, conforme desiderato constitucional, constatando-se, ainda, a consolidação do devido processo legal do qual o causídico faz parte, além de um entrelace entre a teoria neoinstitucionalista do processo e a teoria da comparticipação, porquanto ao advogado será dado o múnus de construir a decisão de que será receptor. E é por esse motivo, também, que se configura a inviabilidade de se adotar a IA como “sujeito” decisor, já que ela não seria capaz, como doravante se verificará, de considerar os argumentos levantados pelo advogado das partes, e nem tampouco as provas carreadas aos autos.

Fixadas, portanto, as proposições acima, faz-se mister, agora, que evidenciemos e desenvolvamos a maneira através da qual se consolidará a ruptura ao processo legal e devido, com a demonstração dos (alguns) principais direitos que serão suprimidos com a implementação da inteligência artificial como uma máquina que exerce função precipuamente decisória, mas que, de toda sorte, é capaz de suplantar o garantismo processual.

Sobre o direito constitucional ao duplo grau de jurisdição,² que é merecedor de destaque, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2020, p. 900) sustentam a ideia de que, realmente, não há a sua previsão na constituinte relativamente aos recursos cíveis. Todavia, com relação ao direito processual penal, com o advento da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) da qual o Brasil é signatário, restou consolidado o direito fundamental ao reexame de mérito, na

² Para finalidades meramente escusatórias, fixa-se a presente nota para consolidar a discordância do autor com relação à nomenclatura atécnica de “duplo grau de jurisdição”, tendo em vista que a jurisdição tem a premente característica de ser una, pelo que o correto deveria ser duplo grau de competência.

medida em que se atribuiu à Convenção referida o status de norma constitucional, já que ratificada na forma do art. 5º, §3º da Constituição.

Gilmar Mendes e Paulo G. Gonet Branco (2019, p. 419) também entendem pela inexistência do duplo grau de jurisdição como um direito constitucional atrelado aos recursos civis, visto que “não se reconhece o direito à uma contestação continuada e permanente, sob pena de se colocar em xeque um valor da própria ordem constitucional, o da segurança jurídica, que conta com especial proteção”.

O direito ao duplo grau de jurisdição, em que pese, para alguns, não ser expressamente previsto na Constituição Federal, tem feição de direito fundamental, já que é possível extrair do texto da Lei Maior, através de hermenêutica pautada em interpretação extensiva, a sua previsão, ainda que subjacente.

A afirmação acima, porém, não é acatada por Cássio Scarpinella Bueno, que, em seu célebre magistério a que se filia o presente trabalho (2020, p. 143), preleciona que o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição decorre de uma ampla feição que se dá ao princípio constitucional da ampla defesa, pelo qual é dado aos litigantes o direito de defenderem-se em juízo, traduzindo-se tal defesa, inclusive, no direito à revisão do *decisum* prolatado, nos termos do art. 5º, LV da Magna Carta.

No mesmo sentido, Rosemiro Pereira Leal (2016, p. 200-201) aduz que é indispensável que haja a possibilidade de reexame da decisão proferida por um juízo monocrático, tendo em vista que a recorribilidade das decisões consolida um pressuposto da ampla defesa, que é direito fundamental e, portanto, constitucional, sob pena de retornar-se a um processo inquisitório, hoje não mais existente. Tem-se, ainda, que o referido direito fundamental ao duplo grau se perfaz pela função constitucional atribuída aos Tribunais, como revisores de decisões

proferidas, conforme fazem referência os arts. 102, II, 105, II, 108, II e 125, *caput*, todos da Constituição Federal (BUENO, 2020, p. 143).

Considerando, portanto, que o duplo grau de jurisdição é um direito fundamental, a hipótese suscitada diz respeito ao fato da sua eventual supressão com a inserção das IA no processo, e de que maneira a eliminação desse instituto é vislumbrada.

Dierle Nunes e Ana Luíza Marques (2018, p. 428) enfatizam que as decisões proferidas por seres humanos são impugnáveis, na medida em que se consegue identificar o itinerário das fundamentações, até a conclusão obtida pelo juiz ao julgar, e que o mesmo não seria possível quando o *decisum* é prolatado por uma inteligência artificial, já que seus algoritmos são obscuros, de entendimento ininteligível para a população e, inclusive, para os próprios programadores, tornando insusceptível, por isso mesmo, a revisão do ato perpetrado.

Para além da ininteligência dos atos das IA, tal irrecorribilidade também se configura porque a inteligência artificial apenas atua como ratificadora de decisões uniformizadas, de modo a vincular todo o Judiciário e os advogados, não permitindo, por isso, um direito dinâmico, conforme os desideratos de Ronald Dworkin – que trouxe o *distinguishing* e o *overruling* como figuras dinamizadoras –, impondo, como resultado, a obrigatoriedade à observância das teses indefensáveis dos precedentes consolidados, isso porque, como já dito, os precedentes e as leis são aplicados de maneira automatizada pelas inteligências artificiais, não garantindo ao direito o dinamismo que lhe é de essência, inviabilizando o meio recursal, já que não há a possibilidade de se averiguar o iter pelo qual percorreu a IA ao proferir a sua decisão.

Nessa vertente, Cathy O’Neil (apud NUNES; MARQUES, 2019, p. 426) preleciona que a opacidade dos algoritmos, isto é, a ausência de transparência dos modelos implementados, traz a impossibilidade de

questionamento dos resultados, de tal sorte que, mesmo que os resultados obtidos pelas máquinas sejam errôneos, o comportamento incorreto da inteligência artificial se perpetuará, podendo se tornar ainda mais frequente.

A conclusão que se obtém é a de que não é possível se recorrer de uma decisão proferida por uma máquina, quando não se sabe ou não se pode ter acesso aos caminhos que ela percorreu para obter determinado resultado, que pode, como visto, culminar em erro quanto à realidade apreciada.

Desse modo, além de se trazer prejuízo à interposição de recursos civis, tem-se manifesto prejuízo à interposição de recursos criminais, já que é possível que uma máquina condene, erroneamente, uma pessoa – em razão de suas características físicas, inclusive –, tendo em vista que ela é reprodutora do comportamento humano e ratificadora das condutas daquele que a programa.

As IA não fornecem base suficiente para a interposição de recurso, porque não exploram argumentos e não fazem exposição de vieses lógicos, o que acarreta na prolação de resultados que, muitas vezes, não são explicados nem por quem as criou, restando evidenciada, por isso mesmo, a impossibilidade de recorrer, ante a inexistência de motivos expostos que, eventualmente, poderiam fundamentar uma razão recursal.

Para além da mitigação do direito ao duplo grau de jurisdição, também há a mitigação do princípio constitucional da ampla defesa e do efetivo contraditório, que, por sua vez, é muito bem visualizada quando suplanta-se o direito ao duplo grau, eis que, inegavelmente, impugnar provimentos jurisdicionais é ter a oportunidade de oferecer a contradita dos argumentos considerados pelo juiz ao decidir, como também é ter a chance de defender-se, em instância superior, de eventuais teses equivocadas por ele mesmo arguidas, dando azo, inclusive, ao

descobrimto e sustentáculo de novas conjecturas, garantindo-se a dinamização do direito.

O processo constitui-se, por essência, de um complexo procedimental que acarreta, necessariamente, em uma decisão do juiz, sedimentada na participação democrática das partes, consubstanciada, por seu turno, no exercício pleno do direito constitucional ao contraditório, que deve ser considerado durante todo o curso da demanda.

O direito ao efetivo contraditório traduz-se, na dicção de Fredie Didier Júnior (2019, p. 107), em um instituto jurídico bipartido, consolidado no contraditório enquanto participação, assim compreendido como uma garantia de a parte ser ouvida, de poder se manifestar, participar do feito e de ser comunicada de seus atos, e no contraditório enquanto meio para influenciar na decisão, entendido como um método de influir na decisão judicial a ser prolatada, através da manifestação e na efetiva participação no processo, i.e., no direito à construção conjunta do provimento judicial, cujo resultado se dá e tem por influência o exercício do contraditório participativo, que desemboca na teoria da comparticipação, tão bem desenvolvida pelo professor Dierle Nunes.

Inobstante ter sido tratado separadamente, o contraditório está diretamente atrelado ao direito à ampla defesa a que se refere o art. 5º, LV da Constituição. Segundo preleção de Rosemiro Pereira Leal (2016, p. 168), trata-se a ampla defesa de um coextenso do contraditório, vislumbrado no curso de seu procedimento, e com aplicabilidade que observa, severamente, as disposições preclusivas constantes da lei, mas que jamais deve ser olvidada ou constringida, sob pena de cerceamento, ainda que, a todo tempo, busque-se celeridade processual.

No entanto, a questão que é afligente diz respeito à supressão da ampla defesa e do efetivo contraditório frente à implementação da inteligência artificial na função de decidir.

A mencionada teoria da comparticipação, desenvolvida pelo professor Dierle Nunes, traduz-se no conceito de contraditório desenvolvido por Fredie Didier e já suscitado alhures, considerando a junção de suas duas perspectivas – contraditório participativo e contraditório enquanto um meio para influir na decisão do julgador –, já que o escopo da tese é a de, justamente, garantir um processo democrático, através do qual as partes ajudarão a construir as decisões judiciais de que serão receptoras.

Ocorre que, quando se insere uma inteligência artificial para tomar decisões, o contraditório efetivo resta mitigado, porque a máquina não se presta à análise das provas e dos argumentos suscitados e comumente empregados pelas partes em um processo judicial, o que acarreta, também, na infração ao direito constitucional de produção de prova.

Nesse sentido, Nathália Medeiros (2019, p. 136) aduz que a dilação probatória e a apresentação de argumentos pelas partes seriam etapas despiciendas, assim como também o seria o próprio juiz, que apenas atuaria na condição de ratificador da decisão proferida pela inteligência, que, por seu turno, na dicção de Rômulo Valentini (2017, p. 102-103), faria, simplesmente, uma varredura dos autos, valendo-se de sua programação algorítmica para procurar enunciados de súmula, precedentes judiciais e textos de lei, que seriam suficientemente válidos e satisfatórios para fundamentar a decisão, o que não é e nem pode ser a verdade.

Daí porque não se reputa como razoável a implementação da inteligência artificial julgadora no processo, já que, com base em sua programação, haveria a mera análise dos autos – desconsiderando-se as provas e os argumentos inclusive orais levantados pelas partes – para que, então, houvesse a utilização de normas em sentido amplo adquiridas com base na varredura feita dos textos anexos ao processo, que seriam empregadas nas decisões que, nos dizeres, ainda, de Nathália Medeiros

(2019, p. 136), poderiam consubstanciar uma afronta ao princípio da vedação de decisão-surpresa, já que, certamente, a máquina poderia decidir com base no que, sequer, fora suscitado ou discutido pelas partes.

Como demonstrativo de supressão de outro direito fundamental, não devemos nos olvidar da menção ao princípio fundamental do juiz natural, traduzido no direito da parte de ser processada e julgada por um juiz imparcial e por um juízo competente, como bem aponta Guilherme Nucci (2020, p. 71), ao dizer que todos têm direito a um julgador desapassionado e previamente existente [...].

Porém, em se tratando do implemento da superinteligência, o ponto que nos interessa diz mais respeito à imparcialidade do julgador.

A imparcialidade, enquanto um princípio que, inegavelmente, decorre do juiz natural, torna-se perceptível através da ideia de neutralidade e equidistância do juiz, pelo que poderá ele ser declarado impedido ou suspeito, caso reste constatado algum elemento que comprometa a sua forma de julgar, no sentido de ser tendencioso em favor de uma ou de outra parte.

Traduz-se a imparcialidade, nos dizeres de Elpídio Donizetti (2020, p. 45), num caráter inerente à atividade jurisdicional, pelo que não poderá o Estado inobservá-la, eis que ela constitui direito das partes, além de ser um pressuposto à validade da relação jurídico-processual, como garantidora da justa composição da lide.

Não é o que se verifica, todavia, quando se insere a máquina inteligente como julgadora, isso porque o aprendizado da máquina é fundado em modelos cujas informações são escolhidas e nela inseridas pelo seu desenvolvedor, que representam, de maneira simplista e abstrata, a realidade complexa e concreta vivida, além de que tais modelos que serviram de alimento para as IA são dotados de subjetivismos, porquanto sejam meros reprodutores das concepções dos sujeitos que as desenvolve,

dada a existência dos pontos cegos existentes nas máquinas, que poderão gerar resultados inesperados (NUNES; MARQUES, 2019, p. 424-425). Para corroborar a referida tese, Cathy O'Neil enfatiza que:

[...] quando perguntamos ao Google Maps por direções, ele modela o mundo como uma série de estradas, túneis e pontes. Ele ignora os prédios, porque não são relevantes para sua tarefa. [...] outros (pontos cegos) são muito mais problemáticos. O modelo aplicado nas escolas de Washington, retornando para aquele exemplo, avalia os professores em grande parte com base nas notas de estudantes nos testes, mas ignora o quanto os professores engajam os estudantes, trabalham com habilidades específicas, lidam com a gestão da sala de aula ou ajudam seus alunos com problemas pessoais e familiares. O modelo é muito simples, sacrificando sua exatidão e diferentes percepções em prol da eficiência. No entanto, do ponto de vista dos administradores ele fornece uma ferramenta efetiva para investigar centenas de professores aparentemente com um baixo desempenho, mesmo que se corra o risco de interpretar incorretamente alguns deles. (O'NEIL apud NUNES; MARQUES, 2019, p. 425).

Tal asserção nos leva à conclusão de que a máquina seria programada para ignorar corpos que não lhe são importantes, como o faz o Google Maps, ao ignorar os prédios, percorrendo o caminho para o qual ele havia sido programado, desconhecendo os elementos no mapa, conforme fora planejado para desconhecê-los. Ademais, constata-se a utilização temerária das máquinas quando elas traçam uma análise das notas dos alunos para determinar a qualidade do professor, sem considerar, no entanto, o esforço por ele dispendido para lecionar, o que nos leva à conclusão, mais uma vez, de que a implementação das IA nos processos judiciais, com função eminentemente decisória, dar-se-ia de modo extremamente perigoso.

A imparcialidade fica, ainda, comprometida, porque a inteligência artificial, como máquina reprodutora do comportamento humano, é tendente a considerar e adotar, por força dos vieses de confirmação (*confirmation bias*), preconceitos indistintos fundados no contexto social a que se enquadra o seu desenvolvedor – que, geralmente, é contemplado com discriminações diversas –, adotando-os para a sua conduta, o que culmina em resultados também preconceituosos, tal como ocorre, *verbi gratia*, quando se verifica que, pela má qualidade dos dados que serviram de alimento para as superinteligências, estas, enquanto julgadoras, condenaram um número muito maior de negros, por vê-los, com base nas informações por elas obtidas, como sendo os mais reincidentes na prática de crimes, ao passo que, relativamente à condenação às pessoas brancas, o seu algoritmo detectava que o índice de reincidência era muito menor, mesmo que não fosse esta a realidade no caso (NUNES; MARQUES, 2019, p. 425-426).

No tocante à fundamentação das decisões, compreendida como um princípio a que está vinculado o juiz, todas as decisões, ainda que interlocutórias, haverão de ser fundamentadas, por mandamento constitucional, sob pena de nulidade.

A motivação a ser perpetrada deve decorrer de fundamento racional,³ com alicerces logicamente concatenados, conforme preconiza o art. 371 do Código de Processo Civil, sobretudo quando se busca integrar a situação deduzida através das demais fontes da norma jurídica.

Como alhures mencionado, o julgador não deve ser apenas o reprodutor da norma, aplicando-a sem lhe dar a devida fundamentação. Não deve ser apenas um ratificador do termo legislado, sem aplicar às suas

³ Incorreta, portanto, é a terminologia “livre convencimento motivado”, frequentemente utilizada pela doutrina, já que as decisões devem decorrer de um convencimento racional obtido pelo juiz.

decisões o iter de que se muniu para fundamentar, obscurecendo a sua *ratio decidendi*, como também não deve, por razões óbvias, proferir decisões *secundum conscientiam*, devendo valer-se, também, da norma positivada, cuja aplicação é fundamental num sistema jurídico consolidado pelo *Civil Law*.

A fundamentação das decisões abre portas para o contraditório, porque dá permissão para impugnar o que não está fundamentado, ou para impugnar o que está inadequadamente embasado, razão pela qual a supressão da motivação das decisões também suplanta o efetivo contraditório.

Com esteio na preleção de Alexandre Freitas Câmara (2014, p. 64-65) a motivação é obrigatória para a tutela do interesse público e do interesse das partes, sendo que, neste caso, poderão elas saber os motivos que levaram o juiz a tomar certa decisão, bem como deles recorrer, corporificando-se o efetivo contraditório, e, naquele caso, exige-se a fundamentação das decisões para que os cidadãos jurisdicionados (e administrados) possam fiscalizar a atividade empenhada pelo juiz.

Insta-nos dilucidar, portanto, que a mera observância da forma exigida pela lei para decidir não faz com que a decisão assim seja conhecida. O juiz, ao decidir, deve considerar os argumentos trazidos pelas partes, consolidando uma democracia processual e um procedimento participativo; deve evidenciar as razões que galgou para chegar a um determinado resultado que influenciará, diretamente, na vida dos sujeitos para os quais julgou, o que não ocorreria ao se relegar a uma inteligência artificial a função eminentemente decisória, que, muito provavelmente, prolataria uma decisão inapta.

Nesta toada, Nathália Medeiros (2019, p. 138) faz uma célebre exposição, aduzindo que o juiz deverá considerar os argumentos trazidos

pelas partes no curso da demanda, cabendo a ele, ainda, evidenciar e justificar os elementos que influíram na formação da sua *ratio decidendi*.

Como já visto, a fundamentação da decisão ficará insuficiente porque não será possível, dada a obscuridade do funcionamento algorítmico das máquinas, constatar qual foi o iter por elas angariado para proferir determinada decisão. De mais a mais, as provas e os argumentos ponderados pelas partes não serão considerados ao se decidir, restando, pois, evidenciada uma ruptura à democracia processual sedimentada na participação das partes para a construção conjunta do ato decisório.

Também será deficitário o processo judicial cuja decisão fora proferida por uma máquina, porque, como já mencionado, a IA apenas fará uma análise do processo, e fundará a sua decisão em textos legais e entendimentos já consolidados, sem, no entanto, demonstrar as razões lógicas relativas ao caso em específico que as levou à tomada de determinada decisão.

Forçoso nos é convir, portanto, que, havendo a supressão ou a limitação do exercício dos direitos supramencionados, não há falar em devido processo legal, seja porque a IA traz uma disrupção processual, não dando azo à interposição de recursos, seja porque ela não permite o livre deslinde do contraditório e da ampla defesa, seja porque ela não tem capacidade de ser imparcial, seja porque suas fundamentações decisórias são obscuras e inválidas, não dando permissão para que os destinatários da decisão compreendam ou fiscalizem o trabalho jurisdicional exercido. E, vale dizer, o processo perderia a sua razão de ser, posto que conceituasse como um procedimento em contraditório, conforme os postulados de Elio Fazzalari.

3 Distinções entre cognição robótica e humana e breve análise da teoria da dissonância cognitiva

Para que se conheça a cognição das superinteligências, bem como o modo que essa cognição pode subverter um processo democrático, é necessário que se esclareça, primeiramente, como funciona a cognição do homem – para evidenciar o quanto ela é indispensável para a tomada de decisões no âmbito do Judiciário – e, por conseguinte, demonstrar a formação dos vieses cognitivos dos robôs, juntamente aos perigos da sua implementação para, especificamente, exercer a função julgadora.

Para tanto, cumpre-nos ressaltar a existência do que se atribui o nome de ciência cognitiva, como sendo uma ciência fortemente influenciadora no estudo da cognição humana nas áreas da psicologia e das neurociências – principalmente nestas –, e como tal cognição leva o ser humano a ter certas decisões e a realizar determinadas escolhas, considerando a conduta por ele perpetrada que será diversificada de acordo com o contexto fático no qual se insere (EYSENCK; KEANE, 2017, p. 2).

Segundo posicionamento majoritário dos estudantes da teoria da cognição, deve-se verificar o sistema de cognição humana considerando-se a existência de uma figura cujo nome é processamento *bottom-up* (de baixo para cima), como sendo um dentre os diversos tipos de processamento existentes para o estudo da cognição (EYSENCK; KEANE, 2017, p. 2).

O processamento *bottom-up* consiste na existência de um estímulo (evento no ambiente que desencadeia o processamento), que acarretará em atenção (fixação de memórias em curto, médio ou longo prazo), em percepção (compreensão do ambiente), em processos e pensamentos (reflexões e raciocínios voltados à resolução de problemas), em uma decisão e, finalmente, em uma ação, conduta ou resposta (EYSENCK;

KEANE, 2017, p. 2). Todo o processamento consiste na percepção das informações e no modo de aprendê-las, o que consubstancia o objeto de estudo da ciência da cognição (STENBERG; STENBERG, 2017, p. 3).

O homem, ao percorrer o processo de aquisição de conhecimento, adotará, finalmente, uma determinada postura, ou conduta, que é a resposta ou resultado final do procedimento cognoscitivo. A resposta será a aplicação daquilo que aprendeu. É forma de exteriorização desse aprendizado, que, por seu turno, poderá se dar de maneira automatizada ou de maneira mais analítica, a depender da complexidade da situação sobre a qual a conduta final recairá.

Isso ocorre porque, segundo Wojciechowski e Rosa (apud TOMAZINI; ABIKO, 2020, p. 4-5), o cérebro é dividido em dois sistemas (sistema de pensamento dual). No primeiro deles, há uma destinação à tomada de decisões automáticas, com pouca análise dos elementos que compõem a situação a ser decidida, tendo em vista que o contato prático com aquela circunstância sedimentou o conhecimento, sendo desprezível um novo processo de aprendizagem, mais longo e mais complexo. No segundo, as decisões não são automáticas, porquanto haja a necessidade de se perquirir todo um procedimento cognitivo, que demandará atenção e análise profundas quanto aos elementos constitutivos da situação apurada, evitando, diferentemente do primeiro sistema, equívocos recorrentes (e não se está dizendo que os equívocos não ocorrerão), inobstante o segundo sistema utilize o primeiro sistema como alicerce, aproveitando dos dados por ele já consolidados (LEITE, 2020, p. 59).

Para além disso, vale dizer que o processo de *cognitio* humano traz, ainda, a criatividade e a ideia como fatores distintivos. Distintivos porque a racionalização criativa difere o ser humano de qualquer outro espécime do reino animal, colocando-o num patamar de unicidade e de superioridade (SZINVELSKI, 2019, p. 2), superioridade que, inclusive, far-

se-ia presente se colocássemos um ser humano ao lado de uma máquina para o desempenho do trabalho intelectual.

As máquinas alimentam-se do *big data* para moldar o seu aprendizado. Entretanto, a aplicação das informações variará de acordo com o seu teor, isto é, o que nos é importante, para fins de obtenção de resposta como o último ato do processo de cognição, é se a informação adquirida é de qualidade, não importando a quantidade, isso porque, segundo Szinvelski (2019, p. 2), a construção da ideia é determinada pela qualidade de informações de que se mune o sujeito.

Não por outra razão, forçoso nos é convir que a construção da ideia humana tem mais peso, porque melhores são as informações adquiridas, na medida em que a inteligência artificial é mera reprodutora do comportamento do homem, que sofre uma simplificação significativa pelos métodos matemáticos, sobretudo quando é alimentada por uma grande quantia de dados de qualidade duvidosa, como o é o *big data*, equiparando-se, nessa hipótese, ao primeiro sistema de inteligência.

A criatividade que tem o homem para resolver-se diante de situações jurídicas concretas não é a mesma que tem a máquina, tendo em vista que, eventualmente, ela não seria capaz de decidir situações jurídicas complexas, que penderiam de uma análise extremamente aprofundada e analítica sobre a aplicação do arcabouço principiológico em determinado instituto jurídico que se modificou no tempo; não seria capaz de solucionar antinomias, entender exceções legais ou fazer aplicações analógicas com base em integrações jurídicas balizadoras, se, por exemplo, houvesse uma mudança significativa sobre o conceito de determinado instituto.

A máquina necessitaria de constantes atualizações, mas as atualizações não a muniriam de criatividade suficiente para interpretar um caso sobremodo abstruso. Também não teria a máquina a capacidade de aplicar normas de direito estrangeiro, a fim de tecer argumentações

fundadas em direito comparado, haja vista que, possivelmente, as informações e regras dos direitos que se pretendem uma comparação confundir-se-iam.

Por isso deve-se dizer que a resposta humana, ou resultado do seu processo de conhecimento, é mais salutar do que a resposta da máquina, tendo em vista que o homem se abastece de informações de melhor qualidade, já que tem o condão de distinguir o que é ou não é predicado, diferentemente do que ocorre com as superinteligências, que, simplesmente, têm as informações nelas implantadas, de um modo evidentemente compelido e temerário.

O que se pode depreender do comparativo entre as duas inteligências, é que a inteligência artificial funciona como o primeiro sistema cerebral do homem, capacitado para a tomada de respostas automáticas, sem a detida análise da situação *sub judice*, fundada tão somente em apreciação simplista de elementos carreados aos autos do processo que não é (a análise), e nem deve ser a base para a construção da decisão, sob pena de infração a direitos.

E, vale dizer, a *ratio decidendi* é inexistente quando a decisão é prolatada por uma inteligência artificial, tendo em vista a impossibilidade de se averiguar o itinerário das fundamentações, já que a programação é evidentemente obscura – com perdão pelo pleonasmo.

Ademais, não se pode olvidar dos fatores de distinção de cada uma das situações submetidas à apreciação judicial, razão pela qual não se deve dispensar às ações propostas uma análise tão rudimentar a ponto de desconsiderar elementos probatórios importantes e distintivos, até porque cada caso é complexo à sua maneira.

Insta salientar, inclusive, que o exame frugal dos autos e a decisão da situação deduzida em juízo não devem ser feitos nem por uma inteligência artificial, e nem por um juiz que utiliza apenas o seu primeiro sistema

cerebral, destinado à automatização de atos decisórios, sob pena de cometimento de equívocos constantes. Cada caso tem a sua peculiaridade, que é, por sua vez, frequentemente demonstrada pela utilização das técnicas distintas de Ronald Dworkin, por exemplo.

Fixadas as premissas quanto ao comparativo de sistemas cognitivos, é importante que mencionemos a teoria da dissonância cognitiva, de Leon Festinger, como um marco garantidor da imparcialidade nos processos, e cuja aplicação adequa-se mais ao estudo da cognição humana do que da cognição das superinteligências.

Entende-se por dissonância cognitiva um comportamento contraditório, dissonante daquele conhecimento que tem um sujeito. Trata-se de conduta incompatível com o conhecimento do sujeito, que, por sua vez, ao realizar tal conduta, buscará, naturalmente, consonância entre os seus atos e o seu conhecimento. A teoria da dissonância cognitiva, então, exsurge para estudar os modos de eliminação ou redução das incoerências, de tal sorte que se consiga proceder e sedimentar uma consonância cognitiva, isto é, uma harmonia, uma coerência no comportamento do homem em acordo com o que ele efetivamente conhece ou sabe (FESTINGER, 1975 apud LEITE, 2020, p. 63).

A título demonstrativo, pertinente nos é a preleção de Ruiz Ritter (2016, p. 91), ao dizer que a dissonância cognitiva, em termos práticos, é muito bem visualizada com os fumantes, *exempli gratia*, que, mesmo sabendo que a prática do fumo é nociva à saúde, continuam exercendo-a, atuando tais sujeitos em dissonância com o que realmente sabem. No entanto, tal dissonância cognitiva poderia se corrigir, tornando-se coerente, se o fumante, tendo ciência de que o fumo é prejudicial, abdicar-se de seu hábito. Nota-se que, nesta situação, a harmonia entre a conduta do sujeito e o seu conhecimento se operacionaliza de forma mais evidente,

exemplificando-nos, na prática, o funcionamento da teoria de Leon Festinger.

Todavia, valendo-me, ainda, do exemplo supramencionado, o que ocorre é que os sujeitos fumantes, ainda que saibam dos prejuízos decorrentes do uso frequente da nicotina, continuam a fumar. Apesar de se parecer antagônico o comportamento do sujeito em relação ao que ele conhece (dissonância cognitiva), consegue-se concluir que, a bem da verdade, se está diante de uma consonância cognitiva. Consonância porque, em um dado momento, o sujeito irá optar por desprezar o que conhece para buscar a diminuição da dissonância. Assim, no momento em que ele menospreza as informações que têm, para continuar praticando determinado ato que, a princípio, é dissonante, ele está, na verdade, lançando mão de um modo de reduzir a dissonância, ignorando aquilo que sabe, porque a redução das dissonâncias lhe é natural.

E ele pode não simplesmente ignorar o que conhece, como pode, a fim de reduzir a dissonância, procurar informações – manipulando-as, inclusive – que corroboram para o fato de que, em verdade, o seu comportamento não lhe é prejudicial, evitando, assim, a busca por informações que se mostrem ásonas à sua conduta.

Nesse sentido, Ruiz Ritter (2016, p. 92) aduz que “[...] há a desvalorização dos elementos cognitivos dissonantes, até que se torne mínimo o valor que se lhe atribui, retomando-se à consonância cognitiva”. “O agente evita elementos novos que possam causar dissonância cognitiva. O agente evita contato com informações dissonantes ao conhecimento sedimentado. Manipula inconscientemente informações para não aumentar a dissonância existente” (LEITE, 2020, p. 67).

Nos processos judiciais, a prática de reduzir dissonâncias ignorando, consciente ou inconscientemente, os elementos carreados aos autos, é sobremodo adotada pelos juízes, seja na jurisdição civil, trabalhista ou

criminal. Isto porque, segundo Hebert Leite (2020, p. 68), em preleção voltada, especificamente, ao processo penal, o julgador, ao ter seu primeiro contato com a exordial acusatória, cria as suas primeiras impressões sobre o caso e, na eventualidade de, desde logo, concordar com as teses suscitadas pelo órgão ministerial, buscará evitar argumentos que destoam das alegações arguidas na inicial, de modo a reduzir as absonâncias. Desse modo, ainda quanto à dicção de Hebert Leite (2020, p. 68) o juiz estará muito mais tendente a desconsiderar os argumentos levantados pela defesa, posto que já possui uma decisão pronta antes mesmo da dilação probatória, e é aí que o magistrado deixará de ser imparcial.

Não por outra razão é que se vem discutindo a possibilidade de, no processo criminal, se implementar o juiz das garantias como forma de erradicar a parcialidade. Por esse meio, o juiz que presidirá o inquérito policial e os atos anteriores à fase instrutória e decisória será distinto do juiz que avaliará as provas e proferirá a sentença.

Impende destacar que, nessa hipótese, a imparcialidade poderá ser mantida e ter mais vigor e aplicabilidade do que jamais teve, o que não ocorreria, porém, com as inteligências artificiais, que sequer teriam a capacidade lógica de aparar as arestas para buscar consonância cognitiva. Como já enfatizado, a máquina atuará apenas como ratificadora do texto da lei e de decisões já proferidas, e não será destinatária de argumentações, posto que ela sequer considerará argumentos ou provas.

Ainda que, eventualmente, coloquemos uma máquina distinta para cada fase do processo, de nada adiantaria, já que argumentos e provas, para ela, são irrelevantes. Daí porque pertinente aduzir que a teoria de Leon Festinger não se aplica às máquinas de forma adequada, eis que ela seria incapaz de tentar reduzir dissonâncias, de buscar consonância, ou de ter consciência de que seu comportamento é absonante com relação ao que ela conhece, para, eventualmente, retificá-lo. Ela seria um sujeito parcial,

que continuaria tendente a seguir a sua programação, ignorar elementos, condenar negros e latinos, absolver brancos, desconsiderar contextos, e proferir decisões injustas, obscuras e irrecorríveis, o que desembocaria, novamente, em supressão à cláusula geral do devido processo legal e inobservância dos postulados da escola neoinstitucionalista.

4 Heurística, *machine learning* e algoritmos como um problema para a dinamização do direito e os reflexos da sua utilização no estado democrático

Entende-se por heurística (MEDINA; MARTINS, 2020, p. 8) um conjunto de regras de raciocínio postas na inteligência por um ser humano, com base nas vivências deste, que se formam a partir de experiências práticas, definindo padrões de comportamento e estratégias de ação. A heurística pode, ainda, ser conceituada como atalho cognitivo das máquinas que é utilizado para a tomada de decisões, sem considerar, no entanto, os elementos relevantes, e cujas respostas dela provenientes são costumeiramente erráticas, haja vista a utilização de sugestões limitadas (TOMAZINI; ABIKO, 2020, p. 5).

A heurística leva à aplicação, pela máquina, de todas as informações por ela obtidas. Tais informações são nela implementadas de modo forçado, e acarretam em resposta altamente influenciada pelo programador, posto que o comportamento da máquina tem por fundamento os dados por ele inseridos.

O que Searle, filósofo da mente, denomina de Inteligência Artificial Fraca (IA Fraca), pode se traduzir, grosso modo, na própria heurística, já que as inteligências artificiais têm a simulação de comportamentos inteligentes, como se inteligentes fossem, não sendo, portanto, sujeitos inteligentes per se, eis que são meros simuladores de comportamento humano, incapazes de raciocinar ou ter vontades, já que seu comportamento dependerá de dados implementados, necessariamente,

por um programador humano (SEARLE, 1997, apud OLIVEIRA; COSTA, 2019, p. 3). O grande problema reside no fato da implementação de dados, o que levou, em 2013, a um julgamento completamente deturpado.

Uma inteligência artificial, denominada COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), condenou Eric Loomis a seis anos de prisão, por fundamentos provavelmente embasados em seu suposto grau de periculosidade social. Os juízes estadunidenses, inclusive em grau recursal, consideraram válida a pena aplicada, tendo em vista o histórico criminal do algoz, razão pela qual manteve-se a sentença que fixou seis anos de prisão, mesmo após toda a irrisignação voltada à busca pelo descobrimento dos motivos que levaram a inteligência artificial a decidir daquela forma, motivos estes que não foram revelados pelo fabricante, porquanto sejam completamente obscuros os algoritmos das máquinas – nem os próprios juízes têm acesso – e por tratar-se de segredo comercial (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 2).

Inteligências artificiais como o COMPAS são constituídas por algoritmos cujos dados são evidentemente corrompidos (ou não, como doravante se verá), o que o levou a tomar a decisão desvirtuada. Referidos dados são os *data sets* viciados, que são elementos problemáticos incorporados à inteligência artificial, e que consideram aspectos da realidade fática para a tomada de decisões, levando em conta, inclusive, os mais diversos fenômenos sociais, como a criminalidade e as características dos sujeitos que, frequentemente, associam-se ao mundo do crime, sujeitando-se a máquina à tomada de decisões manifestamente preconceituosas.

O *big data* utilizado para a alimentação das IA pode possuir elementos corrompidos, que levam, por conseguinte, à tomada de decisões também corrompidas. Através da implementação do *big data* é que se consegue visualizar o aprendizado da máquina (*machine learning*), que se

desenvolverá (a máquina) de forma autônoma, com base nos dados que nela foram inseridos. Assim, se os dados implementados possuem problemas, o aprendizado da máquina e a resposta final também serão problemáticos.

As posturas preconceituosas das IA, entretanto, não vêm necessariamente de problemas de *data sets*. Por vezes a superinteligência pode ser alimentada de dados normais, porém acabam adotando um comportamento tendencioso, porque o seu aprendizado cinge-se em descartar possibilidades negativas, absorver padrões e considerar sobremaneira os eventos discriminatórios da realidade, adotando-os como positivos, e fazendo o descarte de qualquer informação contrária, portando-se de acordo com o seu viés de confirmação (*confirmation bias*).

É o que ocorre, por exemplo, quando o algoritmo voltado à contratação de empregados vê mais vantagem na contratação de homens do que de mulheres, grávidas e com filhos, que, de acordo com o contexto, têm menos empregabilidade porque seriam menos produtivas, posto que, frequentemente, faltariam ao trabalho para cuidar dos filhos. No entendimento do algoritmo, essa falta de produtividade faz com que a mulher a ser contratada seja descartada em razão dos fatores que podem comprometer o seu desempenho no emprego (existência de filhos e gravidez), o que pode causar impactos sobretudo negativos e discriminatórios (BAROCAS; SELBST apud FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 9).

O mesmo ocorre quando se busca a contratação de pessoas que têm o perfil para tornar-se CEOs de empresas, em que à personalidade atrela-se um grande espírito de liderança, *exempli gratia*. Nesses casos, os algoritmos buscarão informações cujos resultados mostrarão CEOs majoritariamente homens, brancos e de meia-idade, descartando ou

dificultando, para o exercício do cargo, mulheres e negros (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 9).

Perceba que, nessas hipóteses, a superinteligência fora alimentada com dados normais, continuando, todavia, a adotar posturas negativamente discriminatórias, porque o seu aprendizado é programado para coletar informações de exemplos padronizados de acordo com a realidade fática, o que faz com que ela descarte possibilidades, gerando, pois, o preconceito, de tal sorte que os grupos vulneráveis tenham ainda mais vulnerabilidade e menos acesso às oportunidades.

Uma outra questão que deve ser levada em consideração diz respeito à opacidade dos resultados. Diz-se que os algoritmos fundados em *machine learning* têm autonomia tamanha a ponto de criar a sua própria programação, alterando a sua própria estrutura, e é por essa razão que não se consegue chegar a uma conclusão quanto aos processos internos das máquinas, porque que o iter de aprendizagem é completamente obscurecido inclusive para o próprio programador da IA, e mesmo que, posteriormente, haja a abertura do código-fonte da máquina, as respostas sobre o funcionamento da IA não serão reveladas de maneira adequada e clara (FERRARI; BECKER; WOLKART, 2018, p. 8).

Evidenciados os argumentos supramencionados, um dos pontos importantes para o desenvolvimento deste tópico respeita à Resolução 332/2020 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), notadamente às disposições constantes dos seus capítulos II, III e IV. Recentemente fora editada a Resolução 332/2020 do CNJ, que permite a implementação das inteligências artificiais algorítmicas nos processos judiciais. Os capítulos II, III e IV da mencionada norma visam à salvaguarda dos direitos fundamentais postos na Constituição, além da publicidade e da transparência e o repúdio a discriminações negativas. Tais fatores devem ser considerados pela inteligência posta à disposição do Judiciário.

Ocorre, porém, que, como bem visualizado, a proteção aos direitos fundamentais não seria observada, posto que a inteligência desrespeitaria os postulados da teoria neoinstitucionalista, mitigando o contraditório, o duplo grau de jurisdição, a fundamentação das decisões etc. Também não haveria falar em publicidade, tendo em vista que o itinerário de comportamento das IA são opacos e ininteligíveis, tornando-se impossível a explicação – e, portanto, a publicização – dos seus processos internos até a tomada de decisão e, do mesmo modo, em razão de seu aprendizado autônomo, com *data sets* viciados ou não, a máquina adotaria, ao buscar informações, condutas preconceituosas que reputa como válidas e positivas.

É por esse motivo que os efeitos da norma criada pelo Conselho Nacional de Justiça – e até das normas fundamentais da Constituição Federal de 1988 – seriam indubitavelmente restringidos. No que tange, especificamente, à teoria da comparticipação, a partir do momento em que se consegue verificar uma mitigação do contraditório, verifica-se, da mesma sorte, a mitigação dos postulados do marco referido e um problema para a dinamização do direito.

Isso porque, como evidenciado, a máquina não consideraria os elementos colocados à disposição do julgador nos autos, aplicando, ao caso, a decisão com base nas informações que perquiriu com o seu aprendizado autônomo. Ela apenas verificaria similitudes com o caso submetido à sua apreciação, julgando-o não de acordo com o que as partes trouxeram para a demanda, mas de acordo com normas ou precedentes consolidados, podendo proferir, inclusive, decisões que nada têm a ver com o que se discute, sem dar às partes a enchança de se manifestar.

A inteligência, por ter capacidade de aprender autonomamente, desprezaria a participação efetiva das partes no processo, não considerando os seus argumentos para a construção do *decisum*, o que

traria óbice para levantamento de novas teses, consolidando um direito estático, e obstruiria a noção de Estado de Direito que vige atualmente. Nesse sentido, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira aduz que:

[...] o direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões. (CATTONI apud MEDEIROS, 2019, p. 121).

E, para acrescer à argumentação, Nathália Medeiros sustenta, ainda, que:

[...] a decisão jurisdicional somente é legítima quando e se for proferida em um ambiente processual policêntrico, conforme proposto pela teoria normativa da comparticipação, posto que somente ela proporciona que haja um ambiente participativo no qual os argumentos apresentados pelos sujeitos processuais sejam considerados para a construção do ato decisório do qual serão destinatários. (MEDEIROS, 2019, p. 121).

O policentrismo supramencionado refere-se à obrigatoriedade de, agora, dar protagonismo às partes na demanda, de sorte que haja sobretudo a consideração dos seus argumentos, como forma de garantir uma democracia processual, um processo participativo e um direito com mais dinamicidade, que dá abertura ao debate de institutos vigentes, em busca da renovação jurídica.

O Estado de Direito Democrático é, essencialmente, um Estado em que o poder emana do povo, cabendo a este a legitimidade para participar das decisões não apenas jurisdicionais, mas – e principalmente – das proferidas pelo poder público, de modo a observar o “postulado de

Habermas de que a força do direito nas democracias se expressa na circunstancialidade de os destinatários das normas se reconhecerem como seus próprios autores” (LEAL, 2002, p. 131).

Como outrora sustentado, relegar às máquinas a função decididora corrompe a estrutura democrática consolidada, porque elas agirão de forma autônoma, desprezando os elementos do processo remetidos pelas partes, desprezando os postulados da teoria normativa da participação e os da teoria neoinstitucionalista do processo.

5 A responsabilidade civil pela prestação jurisdicional tecnológica: análise sobre a (des)necessidade de personificação da superinteligência e da teoria do risco da atividade

Um dos questionamentos necessários ao debate diz respeito à responsabilidade civil que decorre da prestação jurisdicional tecnológica. Ao longo do trabalho, restou constatado que o Judiciário possui a faculdade de utilizar máquinas inteligentes para o auxílio ou exercício efetivo de atividades inerentes à prestação judicial, dentre as quais a de julgar.

Ficou demonstrado, ainda, que malgrado haja a utilização das IA pelo Judiciário, o seu funcionamento depende e decorre da implementação de dados realizada por um terceiro, programador, que é um particular não vinculado aos tribunais, mas que utiliza do *big data* como um mecanismo de garantia do *machine learning* e desenvolvimento de máquina, sem assumir os riscos dos resultados, salvaguardado o direito do fabricante de não revelar o funcionamento da superinteligência, à exceção de quando houver requisição judicial, o que de nada adiantaria, posto que o sistema de aprendizado das inteligências artificiais é ininteligível e, praticamente, indecifrável, ainda que se opte pela abertura do código-fonte.

Havendo, todavia, alguma falha na prestação da atividade jurisdicional exercida por uma inteligência artificial – falha cuja possibilidade ficou demonstrada –, a querela ficará circunscrita à análise

do sujeito que irá se responsabilizar civilmente pelo funcionamento da máquina, pairando-se a dúvida sobre a imputação da responsabilidade ao Estado.

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2004, p. 159-160) enfatiza que há certo tempo deixou de se dar primazia à ideia de irresponsabilidade do Estado, mormente porque hoje há a prevalência do Estado de Direito Democrático, que dá aos cidadãos a enchança de questionar, em juízo, os atos estatais contrários ao Direito e que causam danos, sejam eles perpetrados em esfera legislativa, executiva ou, inclusive, jurisdicional, sobretudo nesta, haja vista a falibilidade dos julgamentos – o que não constitui argumento apto a afastar a responsabilidade, segundo o autor.

Fato é que a responsabilidade civil objetiva do Estado é questão que não mais se discute no direito brasileiro, porquanto seja pacificada, havendo a aplicação da Teoria de Otto Gierke ou Teoria do Órgão para imputar responsabilidade à pessoa jurídica que criou determinado órgão, quando o dano advier de ato ilícito por este perpetrado, cabendo atribuir, ainda, a responsabilidade direta aos entes estatais personificados, quando se verificar que eles próprios cometeram ilícito civil danoso.

Em qualquer das hipóteses, a demonstração e comprovação da culpa ou do dolo serão etapas despiciendas, na medida em que sedimentada a responsabilidade objetiva do Estado.

Nos parece dilucidado que, a partir da implementação de dados em grande escala, a inteligência autônoma é capaz, além de simular o comportamento humano, de aprender com base em suas experiências, tomando decisões sobremodo imprevisíveis e de maneira completamente independente, mas de cuja responsabilidade civil ainda não tratou o legislador de forma tão específica, mesmo diante do frequente uso da tecnologia.

Com base no fato alhures suscitado é que se tem o levantamento de teses voltadas à possível personificação das superinteligências, para fins de atribuição de responsabilidade civil e de imputação do dever de reparar, posto que, apesar de imprevisíveis, os atos das IA têm certa tendência a causar eventual dano. Também se questiona sobre a criação de novos institutos jurídicos e de novos arcabouços normativos para petrificar a regulamentação das relações jurídicas que envolvem o uso de inteligências artificiais autônomas.

Júlia Pinto Lemos (2020, p. 3) aduz que os sistemas autônomos de inteligência poderão adotar comportamentos cuja previsibilidade não poderia ter sido averiguada por quem os projetou originariamente, e que a autonomia para o aprendizado que leva aos comportamentos imprevisíveis dificultaria a imputação de responsabilidade, já que a independência total do sistema, sem mediação do homem, não daria azo à responsabilização por conduta eminentemente humana, tendo em vista uma total delegação de autonomia à máquina e a sua incontestante inimputabilidade.

Pensa-se que seria estranho ao direito atribuir responsabilidade a um sujeito que criou uma inteligência autônoma que, por seu turno, fornece resultados por ele mesmo imprevisíveis, porque tem a IA a capacidade autônoma de aprender e dar respostas, não dependendo de mediação do homem, bastando apenas a implementação dos dados. Responsabilizar o criador iria contra o postulado da Teoria Geral da Responsabilidade Civil, segundo o qual “deve responder pelo dano aquele que lhe dá causa por conduta própria” (LEMOS, 2020, p. 4).

Reputa-se, portanto, que o mais adequado seria a necessidade de um registro da inteligência autônoma, de modo a vinculá-la ao sujeito que a utiliza, sem, no entanto, haver a necessidade de personificação. Isto porque, por ora, pensa-se que a máquina, per se, não obstante tenha a

capacidade de aprender informações autonomamente, não estaria apta ou nem precisaria constituir um patrimônio próprio para, eventualmente, dele utilizar ou responder com suas obrigações.

Dessa forma é que se vê razoabilidade em implementar a necessidade do registro, apenas para que se possa averiguar uma relação de uso e domínio entre a superinteligência e quem a registrou, para que, então, leve-se em consideração a teoria do risco da atividade (ou teoria do risco-proveito ou, ainda, teoria do risco criado), que, nesses casos, reputamos ser o marco que melhor se adequa.

Entende-se, pela teoria mencionada, que ficará responsável pela reparação aquele que assumir os riscos da utilização da coisa ou de determinada atividade. Arnaldo Rizzardo (2018, p. 34), explicando a teoria do risco-proveito, pontua que “[...] existem atividades geradoras de riscos, ou que contêm, pela simples prática, risco de prejuízos inerentes e inafastáveis”. Tal afirmação tem perfeita adequação em situações em que se percebe a utilização de inteligências artificiais autônomas que, conquanto sejam capazes de aprender sozinhas, também têm a capacidade de, por seus atos, lesar direito de outrem.

Considerando, pois, que a IA exerce uma atividade de risco, a responsabilidade deverá ser objetivamente imputada àquele que a utiliza (Estado), porquanto o utilizador da IA tenha optado pela assunção dos riscos. Tal responsabilidade dar-se-ia na forma do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, não havendo, por enquanto, a necessidade de criação de um novo regramento jurídico para atribuição de responsabilidade, bastando, todavia, que utilizemos das teorias já existentes acerca da responsabilidade civil, permanecendo, assim, objetiva a responsabilidade do Estado quanto à prestação jurisdicional tecnológica, posto que ele próprio assume os riscos da utilização da IA, quando relega a ela a função eminentemente decisória.

6. Considerações finais

O enfoque dado à Teoria Neoinstitucionalista do Processo fez-se necessário ao presente trabalho, para que restassem demonstrados os perigos de se relegar às inteligências artificiais a função eminentemente decisória.

Pela evidente autonomia das superinteligências, também faz com que reste evidente a supressão de direitos de ordem constitucional, haja vista que a máquina não é capaz de se preocupar – e nem foi programada para se preocupar – com o arcabouço probatório e argumentativo trazido pelas partes.

Atuando como meras ratificadoras de normas postas, inviabilizariam um direito essencialmente dinâmico, porque não dariam oportunidade a um debate fundado em exercício pleno do contraditório.

Antes da efetiva implementação, cientificar-se de que se vive, atualmente, em um Estado Democrático de Direito torna-se uma medida urgentemente necessária, porque é necessário que as pessoas, mormente os juristas, saibam da existência de direitos que carecem de tutela, não devendo haver hiatos para as injustiças.

A tutela aos direitos seria suplantada porque uma inteligência artificial não seria – como não o é, por ora – capaz de observar o direito como uma ciência sensível e vivaz, frequentemente alterada porque as alterações dos fenômenos sociais clamam pelas mudanças jurídicas.

Não se pode, sob a vigência de uma Constituição Democrática, buscar medidas que, embora facilitadoras, corrompam frontalmente com os objetivos e fundamentos da República, colocando em xeque os postulados da dignidade da pessoa humana e da erradicação das desigualdades.

Muito cuidado deve ser dispensado ao se buscar por celeridade processual, porque a celeridade, muito embora se transpareça – e com

razão – como direito consecutório do devido processo legal, perde o seu valor quando outros direitos, em prol dela, deixam de ter valia.

Atribuir às máquinas a função de decidir, além de ser uma postura perigosa, apenas consubstanciaria um retrocesso de vedação constitucional, inobstante tratar-se de ideia aparentemente inovadora.

Refrências

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil**. v. 1. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105. Código de Processo Civil**. Brasília, Distrito Federal. 16 de mar. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Distrito Federal. 5 de out. 1988.

CÂMARA, Alexandre F. **Lições de Direito Processual Civil**. vol. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. 1. 21. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Processual Civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

EYSENCK, Michael W. KEANE, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. Tradução de Luís Fernando M. Dorvillé e Sandra M. Mallmann da Rosa. 7. ed. Porto Alegre: Artmed, 2017.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 2. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1963.

FERRARI, Isabela. BECKER, Daniel. WOLKART, Erik N. **Arbitrium ex machina: Panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos.** Revista dos Tribunais. vol. 995/2018. p. 635-655. Set./2018.

FILHO, Mamede S. M. JUNQUILHO, Tainá A. **Projeto Víctor: Perspectivas de Aplicação da Inteligência Artificial ao Direito.** R. Dir., Gar., Fund. Vitória, v. 19. n. 3. p. 219-238, set/dez. 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: Primeiros Estudos.** 13. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, André C. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEITE, Hebert S. **A Cognição Judicial Imparcial e os Efeitos dos Vieses Cognitivos no Processo Penal Democrático.** 2020. 122 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2020.

LEMOS, Júlia P. **A imputação de responsabilidade civil por danos decorrentes do uso de sistemas totalmente autônomos.** Revista dos Tribunais. vol. 9/2020. Out./Dez. 2020.

MATARIĆ, Maja J. **Introdução à Robótica.** Tradução de Humberto Ferasoli Filho, José Reinaldo Silva e Silas Franco dos Reis Alves. 1. ed. São Paulo: Unesp/Blucher, 2014.

MEDEIROS, Nathalia Roberta. F. V. **Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da participação.** 2019. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

MEDINA, José Miguel G. MARTINS, João Paulo Nery P. **A Era da Inteligência Artificial: As máquinas poderão tomar decisões judiciais?** Revista dos Tribunais. vol. 1020/2020. P. 311-338. Out. 2020.

MENDES, Gilmar F. GONET BRANCO, Paulo G. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme S. **Curso de Direito Processual Penal.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUNES, Dierle. MARQUES, Ana Luiza P. C. **Inteligência Artificial e Direito Processual: Vieses Algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas.** Revista dos Tribunais. vol. 285/2018. p. 441-447. Nov. 2018.

OLIVEIRA, Samuel R. COSTA, Ramon Silva. **Pode a máquina julgar? Considerações sobre o uso da inteligência artificial no processo de decisão judicial.** Revista dos Tribunais. vol. 5/2019. out./dez. 2019.

O'NEIL, Cathy. *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy.* New York: Crown Publishers, 2016.

RITTER, Rui. **Imparcialidade no Processo Penal: Reflexões a partir da Teoria da Dissonância Cognitiva.** 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SARLET, Ingo W. MARINONI, Luiz G. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

STENBERG. Robert J. STENBERG. Karen. **Psicologia Cognitiva.** Tradução de Noveritis do Brasil. 7. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

SZINVELSKI, Martín M. **A Construção do Fuzzy-Case: Reflexões entre Inteligência Artificial, Processo Civil e Lógica Fuzzy.** Revista dos Tribunais. vol. 10/2019. p. 153-173. jul./dez. 2019.

THEODORO JR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** vol. 1. 61. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TOMAZINI, Andressa. ABIKO, Paula Y. **Inteligência Artificial e Inteligência Humana: Nuances nas Decisões Judiciais.** R. de Direito e as Novas Tecnologias. vol. 9/2020. Out.-Dez. 2020.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por Computadores? As Novas Possibilidades da Juscibernética no Século XXI e suas Implicações para o Futuro do Direito e do Trabalho dos Juristas.** 2017. 152 f. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

Capítulo 2

Um panorama dos métodos de conciliação e mediação no Poder Judiciário de Minas Gerais

*Israel da Silva Batista
Jonathan de Melo Costa
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

É sabido que a conciliação e mediação fazem parte dos métodos adequados que visam a resolução de conflitos. O Brasil estimula a autocomposição a fim de que esta ferramenta possa contribuir ao poder judiciário na diminuição dos litígios. Deste modo, o Estado de Minas Gerais, através do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, tem incentivado estes mecanismos de solução pacífica das divergências.

Pode-se analisar estes métodos autocompositivos do seguinte modo, a mediação ocorrerá quando as partes buscam um terceiro imparcial, este terá a função de facilitar ou estimular a negociação. Apesar de o mediador atuar como um facilitador, nada impede de as partes manifestarem de acordo com a condução estimulada pelo terceiro. É comum realizar esta autocomposição quando as partes possuem um vínculo anterior.

A conciliação também possui um terceiro neutro, no qual utiliza ferramentas adequadas com intuito de incentivar os litigantes a chegarem em um acordo. Diferente, do mediador, o conciliador opera de forma mais ativa e pode sugerir possíveis soluções. Deste modo, nestas autocomposições ocorre a convenção das partes sem que o juiz decida sobre a demanda, pois estes promovem o próprio acordo.

Deve-se observar, que o Brasil tem aprimorado estes modelos autocompositivos, tratando com primazia a mediação e a conciliação. Por

meio da resolução nº 125 de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é o responsável pelas políticas de pacificação social através da mediação e conciliação. Além disso, por intermédio da lei de mediação nº 13.140/2015 e do Código de Processo Civil de 2015, existem diretrizes que asseguram ao cidadão o direito a estas ferramentas, também impõe ao Estado o dever de proporcionar esta prestação de serviço para população.

Neste estudo, o leitor terá a oportunidade de explorar a correlação da conciliação e mediação com o Estado democrático de direito, além de identificar instituições e órgãos que possuem competência para utilizar esta ferramenta em Minas Gerais, também será exposto os aspectos internacionais no tocante a mediação e conciliação.

Ademais, será apresentado ao leitor a atuação e a efetividade do Tribunal de justiça de Minas Gerais (TJMG) na aplicação destes métodos adequados. Diante disso, será explorado como este órgão se estruturou para fornecer ferramentas de resolução de conflitos por meio de composição, além disso, serão expostos dados quantitativos para aferir a eficácia destes serviços prestados para população.

Os assuntos abordados, proporcionaram uma visão ampla sobre o tema tratado. Estando presentes dados quantitativos sobre os métodos adequados de resolução de conflitos, dialogando com a efetividade e aplicabilidade da conciliação e mediação em Minas Gerais, demonstrando se as pessoas estão propícias a resolver suas lides através de acordos.

2 Contexto histórico da conciliação e mediação: um panorama essencial

Para melhor compreensão sobre a conciliação e mediação, é de suma importância analisar o contexto histórico deste método de resolução de conflitos. Dessa maneira, é essencial avaliar a evolução história e os fatos marcantes, positivos e negativos, no tocante a conciliação e mediação até o modelo contemporâneo.

Mediante a Ordenação das Filipinas, promulgada em 1595, o governo do Brasil tentou evitar que os litigantes utilizassem diretamente o acesso à Justiça. Após a independência do Brasil, na primeira carta magna, é notável a tentativa de uma reconciliação para evitar a intervenção judicial. De acordo com o artigo 161 da Constituição do Império de 1824: “sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum”. (BRASIL, 1824). Percebe-se que esta norma já impõe a tentativa de negociação das partes para garantir o direito ao acesso à justiça.

Um significativo progresso que ocorreu no início do século XIX, no qual demonstra um marco para a estrutura dos centros com competência em resolução de conflitos através da conciliação, é a atuação dos juízes de paz, conforme o artigo 162 da Constituição Imperial de 1824: “Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegend os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei”. (BRASIL, 1824). Os juízes de paz, que eram magistrados leigos e eleitos, além de serem independentes do império, tinham uma relação próxima da sociedade, no qual realizavam acordos e tiravam dúvidas rotineiras dos cidadãos.

Outro acontecimento foi através do advento da Constituição Federal de 1891, em que os governos estaduais teriam competência para legislar sobre os métodos de conciliação, estes ainda eram realizados pelos juízes de paz. Os Estados decidiram manter a conciliação de forma discricionária entre as partes. Estas competências também perduraram na Constituição Federal de 1934 e 1937.

Da mesma forma, a atual Carta Magna realizou considerações a respeito das resoluções de conflitos através da composição, nota-se no preâmbulo com a expressão “solução pacífica dos conflitos”. (BRASIL, 1988). Igualmente, estabelece na Constituição Federal de 1988: Artigo 4º

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: VII – solução pacífica dos conflitos”. (BRASIL, 1988).

É notório ressaltar que em relação as audiências de resolução de conflitos realizados no passado, são diversos argumentos relatados que justificam a ausência de êxito das Conciliações. Pode-se citar a falta de capacitação do terceiro interventor e a parcialidade nas audiências, problemas estes que afetam diretamente as partes. De acordo com a mestra em conciliação e mediação Dionara Oliver Albuquerque:

De fato, há indicações de que quando a autocomposição se desenvolve sem técnicas adequadas, em regra, há imposição do acordo e, com isso, a perda de sua legitimidade, na medida em que as partes, muitas vezes, não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. (ALBUQUERQUE, 2017, p. 26).

Devido aos fatos expostos, mostrou-se necessário a evolução das técnicas de mediação e conciliação. Deste modo, no ano de 2005, foi criado o conselho nacional de justiça que desempenha diversas funções no âmbito jurídico nacional, entre as quais, aprimorar as formas de autocomposição. Assim, foram feitas algumas reformas políticas com o objetivo de intensificar a resolução de conflitos por métodos autocompositivos, neste sentido foi criada a resolução de nº 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça.

Também, merece ser ressaltada a criação da lei 9099/95, esta norma teve o objetivo de atender ao poder judiciário, diante dos altos e crescentes números de ações movidas na Justiça. Dessa maneira, almejando um procedimento mais célere tendo como base a conciliação, foram criados os juizados especiais criminais e cíveis. Estes órgãos contemplam as causas que versam sobre os crimes de menor potencial ofensivo, nos juizados

especiais cíveis poderão atuar em causas que não excedam o valor de quarenta salários-mínimos, dentre outras peculiaridades presentes no artigo 3º da lei 9099/95.

Apesar de o Brasil ter avançado na prática a resolução de controvérsias através de acordos, não existia uma lei própria para regular esse tema tão importante que está em constante progresso. Assim, houve a criação da lei 13.140 de 2015, que conduz a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias.

Ademais, a fim de atualizar e aprimorar as normas processuais cíveis, foi criada a lei 13.105 de 2015, o vigente Código de Processo Civil (CPC-2015). Este código, ao contrário dos antigos, estabeleceu diversas normas regulamentando a mediação e conciliação. Pode-se observar que uma das principais diretrizes do Código de Processo Civil de 2015 é a busca por solução de litígios através da composição, descreve o artigo 3º:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

Nota-se que a lei teve intuito de resolver o litígio através da composição desde a petição inicial elaborada pelo autor, conforme o artigo 334 do Código de Processo Civil de 2015. Também, foi estabelecido que não haverá limites de audiências desde que as partes estejam em busca da solução consensual.

3 Afirmação dos parâmetros teóricos da mediação e conciliação no Estado democrático de direito

Com o surgimento da revolução Inglesa e Francesa aflorou o despertar gradativo para a democracia em diversos países, que se evoluiu até o Estado democrático de direito que possuímos hoje. No Brasil, a primeira lei que realmente garantiu este modelo democrático foi a Constituição Federal de 1988.

Nota-se de forma explícita a qualidade do Estado democrático de direito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988:

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

Deve-se considerar que o Brasil é regido por preceitos democráticos, no qual a Constituição Federal é a lei suprema na sociedade. Para garantia desta legislação foi assegurado o princípio da legalidade aos cidadãos, a fim de que todas as ações das autoridades estejam sempre em concordância a dignidade humana e a democracia.

Percebe-se no preâmbulo da Carta Magna já supracitada, que o Estado democrático de direito visa assegurar a solução pacífica das controvérsias. Assim, quando existir divergências, nada mais viável para contribuição deste objetivo que a composição voluntária entre as partes.

Nota-se que a conciliação e mediação é a evidência de um governo popular, pois estes métodos incluem participação dos litigantes. Deve-se entender que em um conflito, não existe apenas o desejo de garantir o que

foi pleiteado, mas há um sentimento envolvido entre as partes, não existe somente um aspecto jurídico, mas também sociológico.

Um fato relevante alcançado através da autocomposição é a celeridade para resolução das controvérsias. Trata-se de um direito fundamental garantido pelo artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 que diz: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". (BRASIL, 1988).

É de conhecimento que o poder judiciário por diversos problemas não tem garantido essa celeridade aos litigantes, afetando um direito essencial do cidadão. De acordo com Roberto Portugal Bacellar:

De nada adianta ter monopólio de todas as causas, para mantê-las em estoque e não as julgar, descumprindo o mandamento constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CR)". (BACELLAR, 2012, p. 46).

Diante disso, a mediação e a conciliação vieram como um dos métodos adequados a fim de garantir o direito do cidadão, com o intuito de buscar a justiça e desafogar o sistema judiciário. Relata o Ministro Ricardo Lewandowski em uma reunião do Instituto dos Advogados de São Paulo a respeito dos métodos de autocomposição:

Devemos mudar nossa cultura, nosso enfoque da solução de controvérsias, passando de uma cultura de litigiosidade para uma cultura de conciliação, de pacificação. Precisamos utilizar meios alternativos de solução de controvérsias - me refiro à conciliação, mediação e arbitragem. (LEWANDOWSKI, 2014).

A fim de realizar métodos eficientes e legítimos de conciliação e mediação, foram criados princípios norteadores nos quais todas as normas pertinentes a este tema devem ser respeitadas. Ao examinar estes princípios, percebe-se que o legislador agiu de acordo com os parâmetros

constitucionais. São princípios da conciliação e mediação descritos no artigo 2º da lei 13.140 de 2015:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - Imparcialidade do mediador; II - Isonomia entre as partes;

III - Oralidade; IV - Informalidade; V - Autonomia da vontade das partes; VI -

Busca do consenso; VII - Confidencialidade; VIII - Boa-fé. (BRASIL, 2015).

Entre estes princípios, uma diretriz imprescindível para democracia é o princípio da igualdade entre as partes. Pois como citou Montesquieu: “o amor pela república, numa democracia, é o amor pela democracia; o amor pela democracia é o amor pela igualdade”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 54). A Constituição Federal também garantiu a igualdade no caput do artigo 5º e no inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; (BRASIL, 1988).

Percebe-se que a conciliação e mediação tem uma contribuição significativa para um Estado Democrático. Pois, a resolução de divergências através da concordância entre as partes poderá possibilitar a restituição do que foi lesado, além de viabilizar a harmonia e o bem-estar entre estes.

4 Aspectos internacionais no tocante a mediação e conciliação

Devido a diversos problemas, o poder judiciário dos Estados Unidos presenciou uma crise no sistema. Entre estes o alto custo dos processos

para os litigantes, lesando principalmente as pessoas hipossuficientes. Do mesmo modo, as exageradas formalidades processuais e os numerosos recursos proporcionavam a morosidade na ação. Com isso, foi necessário realizar adequações, atualmente, o sistema de autocomposição norte-americano possui notabilidade, consolidado neste país.

Um marco na autocomposição americana foi criado em 1976, denominado *Multi-door Courthouses*. Neste projeto, o poder judiciário ofereceu as partes possibilidades de optarem a métodos adequados de resolução de controvérsias, como a mediação, conciliação e arbitragem. Percebe-se que esta ferramenta influenciou a legislação brasileira:

Dentre as iniciativas pioneiras e mais importantes, vale mencionar os Tribunais Multiportas (*Multi-door Courthouses*), surgidos nos Estados Unidos já no final da década de 70, que consistem em “centros de Justiça”, onde o Estado oferece aos cidadãos, além do processo tradicional, outras opções de procedimentos adequados aos mais diversos tipos de litígio. Nessa ideia espelhou-se o legislador brasileiro ao criar os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos anexos aos tribunais, para oferecer a conciliação e mediação prévias e incidentais ao processo. (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 59).

Devido ao grande número de normas que regulamentavam a autocomposição nos Estados Unidos, foi necessário a criação de diretrizes padronizadas para direcionar a mediação em todo país. Deste modo, em 2001, na Conferência Anual de Comissários para Uniformização de Leis, foi aprovado a lei chamada *Uniform Mediation Act*.

Atualmente, a *Alternative Dispute Resolution*, que significa: meios alternativos de resolução de conflitos, é popularmente utilizada tanto nos órgãos Estaduais quanto nos setores privados. Por outro lado, deve-se analisar que existem pontos de vistas no qual entendem que a

generalização da mediação neste país pode ser prejudicial em certos tipos de conflitos. A respeito desse fato é significativo avaliar que:

[...] segundo Fiss, os ADRs não seriam recomendáveis a diversos tipos de conflito, especificamente aqueles (i) em que houvesse desequilíbrio de poderes entre as partes; (ii) em que as partes não manifestassem seu consentimento legítimo, por estarem envolvidas em relações que interferem na sua livre manifestação de vontade; (iii) nos quais a corte devesse continuar supervisionando as partes após o julgamento; (v) nos quais a justiça necessitasse ser feita e não somente a composição do litígio; e (vi) em que houvesse uma exigência social de interpretação legítima das normas legais. (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 60).

Entretanto, não quer dizer que o estímulo da autocomposição é algo negativo na América do Norte. Desde que respeite o devido processo legal, aspirando garantir um acordo justo, a mediação sempre será um caminho viável. Tratando-se do continente Europeu, não é novidade a resolução de conflitos por meio da autocomposição. Países como França, Portugal e Alemanha há séculos tem assegurado normas referentes a solução de controvérsias através de acordo. Um dos eventos históricos para a evolução da mediação na Europa, surgiu com a colaboração da União Europeia.

Em 2002, foi lançado o Livro Verde, que expõe sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Este livro teve como finalidade consultar os Estados-membros sob diversos temas, no tocante aos métodos de mediação, além de promover a sensibilização da necessidade da autocomposição. Dispõe algumas diretrizes que são utilizadas hodiernamente no tópico 1.1 do Livro verde:

Por conseguinte, na acepção do presente Livro Verde, os modos alternativos de resolução dos litígios designarão os procedimentos extrajudiciais de

resolução dos litígios conduzidos por uma parte terceira neutra, excluindo a arbitragem propriamente dita. Assim, os modos alternativos de resolução dos litígios serão designados daqui em diante pelo acrônimo "ADR", que tende a impor-se universalmente na prática para designar "Alternative Dispute Resolution". O presente Livro Verde só se ocupará dos ADR em matéria civil e comercial, incluindo o direito do trabalho e o direito do consumo. (COMISSÃO EUROPEIA, 2002, p. 6).

Para garantir uma atuação qualificada dos mediadores, em julho de 2004, foi criado o Código Europeu de Conduta para Mediadores. Esta norma regulamenta os princípios norteadores nos quais os profissionais devem seguir, os métodos a aplicar, competências necessárias exigidas, também direitos e deveres atribuídos a estes.

Após diversos esforços e estudos, adveio a Diretiva nº 52/2008/CE. Este regulamento foi direcionado aos Estados-membros da União Europeia, com objetivo de apresentar diretrizes a respeito da mediação, no tocante a causas civis e comerciais transfronteiriços, porém nada impede de os países utilizarem esta norma para os eventos internos.

Comparando com o Bloco Mercosul, no qual o Brasil é integrante, não existe uma legislação específica atinente a mediação, o que dispõe é um modelo arbitral de solução de divergências. Há possibilidade da tentativa de conciliação antes da realização da arbitragem, prevista no protocolo de Olivos, que garante um prazo de 15 dias para negociação entre as partes.

Em relação a América do Sul, a Argentina e Colômbia tem utilizado a mediação nas causas processuais, diferente do Brasil, é obrigatória a audiência. O Paraguai, em 2002, criou a lei específica de mediação e arbitragem, no Paraguai as audiências são facultativas.

5 Instituições e órgãos que aplicam a mediação e conciliação no estado de Minas Gerais

É sabido que todos os Tribunais devem ter centros para audiências de conciliação e mediação, conforme o disposto do artigo 24 do Código de Processo Civil:

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. (BRASIL, 2015).

Entretanto, existem diversas instituições e órgãos fora do poder judiciário que possuem competência para realizar conciliação e mediação, pode-se citar entre estes a Defensoria Pública. O artigo 4º, inciso II, da lei complementar nº 132/2009, informa que é dever da Defensoria Pública proporcionar a solução extrajudicial das controvérsias entre as partes, no qual poderá utilizar como ferramenta a mediação e conciliação.

Em Minas Gerais, a Defensoria Pública tem trabalhado com eficácia nesta área, capacitando servidores para atuar no setor de mediação e conciliação. Atualmente existem núcleos da Defensoria Pública em Patos de Minas, Nova Lima, Santa Luzia, Belo Horizonte, Vespasiano, Ribeirão das Neves, Pouso Alegre, Pedro Leopoldo, Poços de Caldas, Matias Barbosa e Montes Claros.

De acordo com a Defensoria Pública de Minas Gerais, em 2019 e 2020 foram realizadas 8.399 audiências de conciliação e mediação, tanto judiciais quanto extrajudiciais. Em razão da pandemia enfrentada em 2020 foram realizadas sessões virtuais para solução extrajudicial de

conflitos. Assim, percebe-se que a Defensoria Pública tem contribuído para a resolução de controvérsias através da composição.

Quando se refere ao Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), dentre os *Parquet* este é pioneiro e referência em nível nacional no tocante a mediação e conciliação. Pode-se citar como exemplo os trabalhos realizados no Núcleo Permanente de Incentivo à Autocomposição (NINA), também na Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM).

Outro trabalho relevante é realizado pelo Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais (NUCAM). Neste setor o Ministério Público de Minas Gerais atua como negociador em temas que envolvem o meio ambiente. As partes são geralmente compostas por empresas e órgãos de defesa ambiental, assim trabalham a fim de que acordos dos empreendimentos possam ter o menor impacto possível ao ecossistema.

Quando se trata do direito consumerista, o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) tem um papel importante, este órgão administrativo atua em âmbito federal, estadual e municipal, possui a finalidade de proteger o consumidor. Uma das tarefas do Programa de Proteção e Defesa do Consumidor é auxiliar na resolução de controvérsias envolvendo o consumidor e fornecedor.

Ainda no tocante ao direito do consumidor, o poder legislativo do estado de Minas Gerais, criou o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor Assembleia. Também são realizadas audiências de mediações para atender os problemas dos consumidores com fornecedores.

Ademais, com objetivo de contribuir para a minimização dos litígios, em junho de 2020, a Assembleia de Minas Gerais e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais firmaram um acordo de cooperação técnica em diversos temas. Entres estes a homologação dos acordos feitos em audiências de conciliação pré-processual realizadas pelos órgãos.

Quando se trata de divergência no qual uma das partes é a administração pública, também existem núcleos de conciliação para buscar uma composição. Em Minas Gerais existe a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, dirigida pela Advocacia-Geral do Estado, no qual envolvem conflitos entre órgãos em Minas Gerais. Esta autocomposição resolvida fora dos tribunais está afetando positivamente a sociedade, acelerando prestações de serviços essenciais, economizando recursos públicos e diminuindo as demandas judiciais.

6 Atividades desenvolvidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais no tocante à mediação e conciliação

Este capítulo tem o objetivo de explorar as atividades do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, desempenhado através do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC). Diante disso, será demonstrado o porquê o Tribunal de Justiça de Minas Gerais é referência quando se trata da autocomposição, apresentando ações em prol da conciliação e Mediação.

Em 2011, foi criado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Uma das principais atribuições deste órgão está descrito no artigo 5º, inciso I, da resolução nº 873/2018: “Desenvolver, planejar, implementar, manter e aperfeiçoar, no âmbito do TJMG, ações voltadas ao cumprimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses e suas metas”. (TJMG, 2018).

A fim de garantir que a autocomposição fosse expandida em Minas Gerais, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos teve o compromisso de instalar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Este centro judiciário é dividido em diversos setores para atender as demandas da população.

Quando uma pessoa procura o Tribunal de Justiça de Minas Gerais com interesse em resolução de conflitos, provavelmente será acolhido pelo setor cidadania. Esta unidade orienta qual método de autocomposição é adequado para ser aplicado, além de verificar se o centro judiciário tem competência para prestar o serviço solicitado. Nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, as partes podem realizar a mediação e conciliação tanto pré-processual quanto processual.

O setor processual é realizado nas comarcas, é necessário que o fato possua um processo judicial. Já no setor pré-processual, as autocomposições são realizadas em casos que não tenha ação judicial. Em relação ao setor pré-processual, a conciliação e mediação pode ser feita nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ou em outras instituições que colaboram com este centro judiciário, como por exemplo, os entes federativos, faculdades e associações de bairro.

Além destes setores mencionados, existem unidades para atender causas específicas. Entre estas, há o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania de Segundo Grau, situado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual tem a finalidade de realizar a conciliação e mediação em processos que estão em segunda instância. Ademais, existem áreas especializadas no campo da família, também em assuntos ambientais e territoriais, tanto urbanos quanto rurais. Estas conciliações e mediações podem ser pré-processuais ou processuais, de primeira e segunda instância.

Além dos centros judiciários físicos também existem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania virtuais. Assim, podem ser feitas audiências de conciliação e mediação sem a presença física das partes, de modo pré-processual e processual, tanto na primeira quanto em segunda instância. Em 2020, por consequência da pandemia do novo

coronavírus, esta ferramenta teve um papel de suma importância para que as pessoas não ficassem sem esta prestação de serviço.

Outro recurso de autocomposição do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos é a Semana Nacional de Conciliação. Desde 2006, o Conselho Nacional de Justiça incentiva a Semana Nacional de Conciliação, este evento tem a finalidade de captar pessoas que buscam a resolução de problemas através de acordo. Deste modo, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos se empenha para que este projeto seja o mais produtivo possível, adequando-se de acordo com as necessidades e transformações da sociedade. Pode-se citar como exemplo o desempenho na XV Semana Nacional da Conciliação, realizada em 2020 em um cenário de pandemia.

Para adaptar a esta situação, foram criados diversos procedimentos para que o evento não fosse comprometido. Assim, na XV Semana Nacional da Conciliação foi instituído os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania Virtuais, além do projeto denominado Conciliação em Domicílio, testado de caráter experimental. De acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, as adequações resultaram num total de 10.567 audiências, com 3.517 conciliações homologadas.

Além da Semana Nacional da Conciliação, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos realiza vários mutirões, atendendo diversos temas. Grande parte são empresas que possuem muitos processos judiciais, como instituições bancárias, serviços de telefonia e energia. As audiências são realizadas por conciliadores e assistidas por um Juiz de Direito, estes mutirões sempre são divulgados nas mídias sociais com objetivo de alcançar o maior público possível.

Voltada a capacitação dos conciliadores e mediadores, conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais atribui esta responsabilidade a Escola Judicial Desembargador

Edésio Fernandes (EJEF), que possui parceria com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos. Além de oferecerem curso de capacitação em conciliação e mediação, a escola credencia instituições para ministrarem estes cursos de formação. Atualmente são instituições reconhecidas pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes: Instituto Cultural Newton Paiva Ferreira Limitada, Fundação Nacional de Mediação de Conflitos Sociais, Instituto Nacional de Direito e Cultura, Multimeios Gestão de Conflitos e Capacitação.

6.1 Dados a respeito da eficácia da mediação e conciliação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Com propósito de analisar o desempenho dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania no tocante a mediação e conciliação, serão apresentados dados quantitativos demonstrando a atuação deste órgão na busca pela resolução de conflitos por meio da composição. Trata-se de informações fornecidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual será possível explorar diversos fatores referente aos trabalhos de autocomposição realizados em Minas Gerais.

Para ter uma ideia do crescimento dos métodos autocompositivos nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que ocorreu nesta época, as mediações realizadas aumentaram de 2013 para 2019 média de 3.454,50%, já as conciliações aumentaram cerca de 699,34%. Isso demonstra que as políticas de autocomposição têm tido resultados satisfatórios na busca da culturalização destas ferramentas no estado.

Outro excelente índice alcançado foi a procura espontânea da sociedade pela autocomposição. Examinando as conciliações e mediações pré-processuais, contrapondo o ano de 2013 com 2019, houve um aumento de 350 para 67.774 audiências realizadas, uma quantidade expressiva. Este fato comprova que antes de realizar uma ação judicial, a

população tem procurado uma solução consensual, entendendo a importância dos métodos autocompositivos.

Além dos trabalhos competentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, outros fatores contribuíram para promoção da autocomposição em Minas Gerais. Analisado os dados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, percebe-se que os métodos autocompositivos expandiram de modo abundante após 2016. Comparando as mediações de 2015 e 2016, houve um aumento de 559,94%, da mesma forma as conciliações aumentaram média de 241,54%. Um dos fatos que resultaram nesse crescimento foi o Código de Processo Civil de 2015 e a lei 13.140/15.

O Código de Processo Civil assegurou a solução consensual dos conflitos como uma primazia, no qual os métodos autocompositivos devem ser sempre estimulados. Uma das ações deste código que impulsionou a mediação e conciliação foi a possibilidade das partes de realizarem acordos antes e durante o processo, possibilitando pôr fim a lide. Da mesma forma, auxiliou a lei de mediação, que especificou as práticas judiciais e extrajudiciais a serem aplicadas. Igualmente, a oportunidade de realizar as audiências por meio eletrônico, ferramenta que está sendo essencial durante a pandemia do novo coronavírus.

Em razão desta pandemia, comparando 2020 com 2019, ocorreu uma redução das audiências em 71%. Isso aconteceu em virtude do afastamento social, também do Estado não estar preparado para se adaptar com celeridade a uma doença inédita no mundo. Porém, como já dito no capítulo anterior, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania adequou-se para atender a população com audiências virtuais.

De acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, as audiências remotas estão trazendo praticidade e economia não só para os tribunais, mas também as partes e aos advogados. Nota-se a valia desta ferramenta

nas palavras do desembargador Raimundo Messias Júnior, em uma entrevista realizada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Tais acordos são uma realidade porque o TJMG se preparou muito bem com a informatização dos processos e a adoção de novas tecnologias que permitem o trabalho remoto. Uma delas é a plataforma Cisco Webex, da empresa norte-americana Cisco Systems e que permite as audiências remotas, interligando magistrados, promotores, advogados, testemunhas e as partes. (JÚNIOR, 2020).

Ademais, em relação aos acordos feitos por meio da conciliação e mediação, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania possuem uma boa performance. Avaliando as audiências realizadas nos últimos cinco anos (2016 até 2020), os acordos em conciliações foram de 62,95%, as mediações chegaram aos 60,63%. Percebe-se que as audiências têm sido eficientes, auxiliando a desafogar o sistema judiciário e dando oportunidade para as partes buscarem além da justiça a paz social.

Outros resultados importantes obtidos pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania são os trabalhos realizados na Semana Nacional da Conciliação. Através de dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça, percebe-se que entre 2012 até 2019, foram realizadas nas comarcas de Minas Gerais média de 204.677 audiências, contabilizando 79.248 acordos, estas composições homologadas superaram cerca de R\$571.089.659,00.

Em relação as audiências realizadas, comparando os anos de 2012 à 2015 com 2016 a 2019, ocorreu um aumento de 203,04%. No tocante aos acordos, observando o mesmo período, as resoluções ampliaram de 34,76% para 41,02%, demonstrando que o evento está sendo mais produtivo.

7. Considerações finais

O objetivo deste trabalho foi explorar as atividades realizadas pelo Poder Judiciário de Minas Gerais, no tocante a conciliação e mediação, além aferir a produtividade destes métodos. Dessa forma, foram examinadas as contribuições destas ferramentas para o Estado e a sociedade.

Com a finalidade de aprofundar no tema, demonstrando ao leitor a importância destes mecanismos autocompositivos, foram expostos diversos assuntos no tocante a esta ferramenta. Assim, apresentou-se a consolidação da conciliação e mediação na sociedade, entendendo o porquê o Estado de Minas Gerais mobilizou-se para empregar estes métodos.

Primeiramente, a fim de compreender a evolução da legislação brasileira, da mesma forma apurar o comportamento do Estado em prol da autocomposição, foi pesquisado o contexto histórico. Percebeu-se que desde o século XVI, existiram normas que garantiram a solução de divergências por meio de acordo, no qual modificaram-se gradativamente. Porém, o grande marco para o modelo de autocomposição atual, adveio da resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, além da lei de mediação nº 13.140/2015 e do Código de Processo Civil de 2015. Hodiernamente, o Estado compreende o valor deste recurso, no qual resolução consensual dos conflitos é acolhida e sempre estimulada quando cabível.

Com o objetivo de exibir a conciliação e mediação em âmbito internacional, foram apresentadas atuações de diversos países que asseguram a resolução de divergências através de acordo. Assim como no Brasil, constatou-se que não é atual a existência destes recursos na legislação dos Estados, porém os trabalhos eram moderados, nas últimas

décadas estes países perceberam a relevância da autocomposição, dispostos a culturalizar estas ferramentas se mobilizaram, concebendo políticas públicas e legislações específicas ao tema.

Além disso, apurou-se que a conciliação e mediação contribui para o Estado democrático de direito no Brasil, garantindo a oportunidade de as pessoas participarem diretamente do pleito, a fim de que as partes proporcionem o fim do desacordo de modo consensual. Visto que, estes procedimentos não buscam somente o acesso ao bem afetado, mas também a harmonia e a paz social, mediante leis que correspondem com as disposições constitucionais aplicadas pelo Estado.

Baseando nestas informações, percebeu-se que a conciliação e mediação são métodos de resolução de conflitos eficientes, capazes de possibilitar aos litigantes uma solução sem a necessidade de sentença judicial, tornando-se uma resposta a prevenção de litígios. Também, a autocomposição possui vários efeitos positivos, como a celeridade processual, a participação das partes, além da contribuição para a pacificação social. Diante disso, o Brasil consolidou a conciliação e mediação como um meio adequado de solução de divergências, habilitando diversas instituições para empregar estas ferramentas.

Assim, foram apresentados órgãos e instituições que aplicam a mediação e a conciliação em Minas Gerais, exibindo atuações do Ministério Público, Defensoria Pública, Programa de Proteção e Defesa do Consumidor, Assembleia Legislativa e da Advocacia Geral do Estado. Foi percebido que cada entidade, de acordo com a competência atribuída pela legislação, contribui de forma significativa na solução pacífica dos conflitos. Avaliando a estrutura destas instituições, os trabalhos realizados e os índices de eficiência, não há como negar que o apoio destas entidades estudadas é de suma importância ao poder judiciário.

Após aprofundar sobre os objetivos específicos, com objetivo de exibir ao leitor a relevância destes métodos autocompositivos para a sociedade, este trabalho examinou como o Poder Judiciário de Minas Gerais, através do Tribunal de justiça de Minas Gerais, estruturou-se para oferecer à população as ferramentas de conciliação e mediação. Foi evidenciado que o Tribunal de justiça de Minas Gerais se organizou conforme as diretrizes do Conselho Nacional de Justiça e do Código de Processo Civil de 2015.

Mediante o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, órgão vinculado ao Tribunal de justiça de Minas Gerais que possui o compromisso de conduzir as políticas de tratamento adequado das divergências de interesses, foram criados diversos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Atualmente, existem 218 Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania distribuídos nas comarcas do estado, a expansão destes centros judiciários, aproximaram estes mecanismos aos cidadãos, aumentando a procura por esta ferramenta.

Dispostos a atender de forma qualificada as demandas rotineiras da população, os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania fragmentou-se em diversas áreas específicas de atuação, trabalhando tanto em causas pré-processuais quanto processuais, de primeira e segunda instância. Com intuito de popularizar os métodos de conciliação e mediação, atendendo um maior número de audiências, o Tribunal de justiça de Minas Gerais também realiza diversos eventos, como Semana Nacional da Conciliação e mutirões em diversas áreas.

Além disso, o Tribunal de justiça de Minas Gerais se empenha na qualificação profissional dos mediadores e conciliadores, por meio da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes são fornecidos cursos de mediação e conciliação, além de credenciar entidades públicas e privadas para formação destes profissionais. Da mesma forma, o Tribunal de justiça de Minas Gerais credencia instituições a utilizar estes métodos

autocompositivos, oferecendo a oportunidade de as partes buscarem um acordo por meio de uma câmara privada.

Interessado em analisar o desempenho dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania de Minas Gerais, baseando nos bancos de dados do Tribunal de justiça de Minas Gerais e do Conselho Nacional de Justiça, foi observado o comportamento da conciliação e mediação nestes centros judiciários. Diante disso, verificou-se a quantidade de audiências processuais e pré-processuais realizadas no período de 2013 até 2020, da mesma forma o número de acordos efetuados.

Através dos dados exibidos no trabalho, nota-se que as políticas de autocomposição realizadas pelo Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos têm surtido bons resultados, contribuindo para a consolidação destas ferramentas no estado. Percebe-se pelo aumento expressivo da utilização destes recursos pela população, além da quantidade satisfatória de acordos decorrentes destas audiências.

É notável o aumento da atuação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em Minas Gerais, porém, um evento que merecesse destaque foi o crescimento da procura espontânea na sociedade por estes recursos. Investigando as conciliações e mediações pré-processuais do período estudado, verificou-se que ocorreu um aumento relevante de audiências realizadas, este crescimento comprova o fortalecimento deste método adequando de conflitos. Além disso, percebe-se que a população está compreendendo os benefícios desta ferramenta como um meio de acesso à justiça.

A fim de verificar especificamente a performasse dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania no evento da Semana Nacional da Conciliação. Foi analisado informações do período de 2012 até 2019, identificou-se que houve um aumento satisfatório de audiências realizadas. Outro resultado importante verificado foi o retorno para a

sociedade dos valores homologados atinente aos acordos, que neste intervalo de tempo ultrapassaram meio bilhão de reais.

Ao analisar os dados obtidos das audiências realizadas pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania em 2020, percebeu-se que ocorreu uma redução de audiências, isso está relacionado com o afastamento social, devido pandemia enfrentada em consequência do novo coronavírus. Deve-se observar que em função deste vírus ser algo inédito no mundo, além de possuir rápida proliferação, os Estados não estavam preparados para realizar uma prestação de serviço cotidiana sem comprometer a saúde pública. Consequentemente, foram reduzidas diversas atividades fornecidas pelo Estado.

Com a finalidade de não interromper a realização das audiências, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos mobilizou-se diante esta situação utilizando a plataforma virtual, fornecendo a população os serviços de conciliação e mediação a distância. Estas audiências virtuais têm proporcionado praticidade e economia para os tribunais e as partes, diante disso, a tendência é que esta ferramenta se torne habitual nos tribunais mineiros.

Com base nos argumentos apresentados, percebeu-se a importância da conciliação e da mediação para resolução pacífica dos conflitos. Notou-se que estes mecanismos são de suma importância para o Estado democrático de direito, fornecendo a oportunidade de restituírem um direito pleiteado por meio da harmonia entre as partes. Da mesma forma, verificou-se que há retorno positivo para o Estado ao aplicar esta ferramenta.

Logo, percebeu-se que o Tribunal de justiça de Minas Gerais compreende a relevância deste recurso para a paz social, assim organizou uma estrutura qualificada com interesse de prestar um serviço eficiente para a sociedade.

Confirmou-se esta competência por meio de dados quantitativos que demonstram o aumento das audiências no estado, com números positivos de composições. Portanto, por meio deste trabalho é notável que a conciliação e mediação estão contribuindo efetivamente para o Poder Judiciário de Minas Gerais.

Referências

ACORDO ENTRE ASSEMBLEIA E TJMG FACILITA ACESSO À JUSTIÇA. **Amagis**, 2020. Disponível em: <<https://amagis.com.br/posts/acordo-entre-assembleia-e-tjmg-facilita-acesso-a-justica>>. Acesso em: 12 nov. 2020.

ALBUQUERQUE, Dionara Oliver. **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuada: o exemplo do NUPEMEC - TJRS**, Rio Grande do Sul: Estado do Rio Grande do Sul Poder Judiciário Tribunal de Justiça, 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**, São Paulo: Ed Saraiva, 2012.

BARRETOS, Faculdade. **Métodos Adequados Para Solução de Conflitos**, São Paulo: Faculdade Barretos, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do BRASIL de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil** (de 25 de março de 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 132, de 7 de outubro de 2009**. Altera dispositivos da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública

da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp132.htm>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20media%C3%A7%C3%A3o%20entre,o%20C2%A7%202%C2%BA%20do%20art.>. Acesso em: 16 out. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro Verde**, Bruxelas: COM, 2002.

CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E CIDADANIA. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, 2017. Disponível em: < <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/acoes-e-programas/conciliacao-mediacao-e-cidadania.htm#.YDl2sWhKjcs>>. Acesso em: 29 jan. 2020.

COSTA, A. **A Institucionalização da mediação judicial como condicionante legítima para a desjurisdicionalização da solução dos conflitos**. Dissertação de mestrado – Mestrado em direito e Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa Faculdade de Direito. Lisboa, 2016.

DALLA, Humberto. O Marco Legal Da Mediação No Brasil. **Genjurídico.com.br**, 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/04/07/o-marco-legal-da-mediacao-no-brasil/#_ftn5>. Acesso em: 10 out. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DE MINAS PARTICIPA DA ABERTURA DA SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO NO TJMG. **Defensoria Pública de Minas Gerais**, 2020. Disponível em: <<https://defensoria.mg.def.br/index.php/2020/11/30/defensoria-publica-de-minas-participa-da-abertura-da-semana-nacional-de-conciliacao-no-tjmg/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

DESEMBARGADOR APOSTA NA CONCILIAÇÃO. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, 2020. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/desembargador-aposta-na-conciliacao.htm#.YB6qh2hKjcs>>. Acesso em: 04 nov. 2020.

FERRAZ, Taís Schilling. **A Conciliação e sua Efetividade na Solução dos Conflitos**. TJAP.jus.br, 2006. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---A-conciliacao-e-sua-efetividade-na-solucao-dos-conflitos---Tais-Schilling-Ferraz.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2020.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **Ministro Ricardo Lewandowski reitera importância de priorizar a conciliação**. Supremo Tribunal Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280822>>. Acesso em: 22 set. 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PACHECO, Rodrigo da Paixão. **Desjudicialização: Conciliação e Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Jus.com.br, 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67536/desjudicializacao-conciliacao-e-mediacao-no-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 23 out. 2020.

PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Rafael Alves de. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRs)**. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha;

JONATHAN, Eva. *Mediação De Conflitos Para Iniciantes, Praticantes E Docentes*. 1. Ed. [S.L]: Juspodivm, 2016.

RESOLUÇÃO Nº 125/2010. **Conselho Nacional de Justiça**, 2010. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

RESOLUÇÃO Nº 873/2018. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**, 2018. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/reo8732018.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2020.

SEMANA NACIONAL DA CONCILIAÇÃO/RESULTADOS. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/semana-nacional-de-conciliacao/resultados-semana-conciliacao/>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

TAKAHASHI, Bruno; ALMEIDA, Dalcide Maria Santana de; GABBAY, Daniela Monteiro; ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. **Manual de mediação e conciliação na Justiça Federal**. Centro de Estudos Judiciários Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

TJMG TEM NÚCLEO PERMANENTE DE CONCILIAÇÃO. **Conselho Nacional de Justiça**, 2011. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tjmg-tem-nucleo-permanente-de-conciliacao/>>. Acesso em: 13 out. 2020.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**, São Paulo: Ed. Método, 2008.

Capítulo 3

Abandono paterno, responsabilização civil e repercussões sociológicas

*Lara Carolina Anjos Araújo
Rafaela Oliveira Pontes
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

A definição de paternidade por vezes tem sido motivo de debate, leva-se em consideração a origem, a classe social, a cultura, o período histórico e os diversos outros fatores para construir tal conceito. Para Balancho (2012) em sua obra “Ser Pai Hoje”, na sociedade atual acredita-se que ser pai é adentrar na vida emocional dos filhos e não apenas exercer um papel secundário na criação, onde apenas oferecia suporte e segurança afetiva e financeira à mãe da criança. Tal papel vem sendo construído e desconstruído com o passar dos anos obrigando o Direito a se movimentar e se posicionar sobre estas situações.

O abandono material de um pai em relação ao seu filho garante indenização ao menor de idade porque é responsabilidade de seus genitores garantirem o desenvolvimento da criança e fornecerem recursos que permitam essa evolução. Esta foi a decisão da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Resp 1.087.561, a decisão foi pautada na negligência do pai em cumprir seus deveres legalmente estabelecidos na legislação civil e constitucional. Tal postura do judiciário tem sido enxergada com um caráter pedagógico para o pai e para fins de ressarcimento para os filhos.

Porém, a cobrança a quem falha com essa obrigação tem historicamente recaído apenas sobre as mulheres, segundo dados do

Instituto Data Popular informado no jornal Diário de Petrópolis, divulgadas pela Agência Brasil em 2015, apontam que o país conta com 67 milhões de mães, das quais 31% são solteiras, ou seja, um pouco mais de 20 milhões. E mesmo havendo os meios legais de denúncia e cobrança frente ao genitor, é preciso analisar a estrutura patriarcal que cria um ambiente confortável para que os homens perpetuem tais posturas. (Diário de Petrópolis, 2020).

Neste sentido, esta pesquisa se norteará pelos seguintes questionamentos: Quais medidas a legislação deve tomar para garantir as crianças o direito de ser reparado, visto que a estes tem sido privada uma possível condição de vida melhor. O que a sociedade pode contribuir na construção na educação dos homens e como pode ter resultados preventivos contra as atitudes de indiferença para com seus filhos. E também o lugar dos pais na proteção dos filhos, seja sobre direitos a educação, a liberdade, a dignidade, como esta combinação de fatores colabora para um crescimento saudável.

2 A controvérsia acerca do princípio da afetividade

Com a vigência da Constituição Federal de 1988, o afeto passou a ser um dos princípios norteadores do nosso ordenamento jurídico, juntamente com a dignidade da pessoa humana. Sob esse entendimento, aponta Giselle Câmara Groeninga:

O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. “Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, outro princípio do Direito de Família é o da afetividade”. (GROENINGA, 2008, p.28).

Tanto o amor quanto o ódio, estão presentes nas relações familiares por meio da interação que é o afeto existente entre os membros familiares. O princípio da afetividade, não é evidente no nosso ordenamento jurídico, mas é inferido pelos intérpretes, através da análise de normas, costumes, doutrinas, jurisprudências e de aspectos políticos, econômicos e sociais.

Para Ricardo Lucas Calderón (2017), o princípio da afetividade surge no momento em que, juristas e pesquisadores começaram a esgrimir sobre a importância da afetividade no desenvolvimento humano e social. Sendo a afetividade tão importante ou até mais importante que o pedido de alimentos à criança, que os bens materiais que serão dispostos pelo genitor e a partir desse pressuposto, o princípio da afetividade sob influência de muitos fatores externos, começam a enxergar o papel da paternidade não tão somente ao fato de dispor de alimentos, mas de dispor de afeto, carinho e tempo.

Para Denise Menezes Braga (2011), esse tal princípio, tão importante para o Direito das famílias, vem sendo usado como forma de tornar o afeto uma garantia para os filhos, tornando-os os genitores responsáveis civilmente pelo abandono afetivo e pela desqualificação do sentimento da paternidade na vida das crianças, o que torna assim a responsabilização afetiva um ponto importante a ser tratado e regido pelo Direito Civil. Entretanto o judiciário deixa claro que o papel dos tribunais não é impor afeto entre pais e filhos e nem obrigá-los a sentir carinho e amor um pelo outro, mas garantir que a formação da identidade particular, da identidade moral, ética e social, não sejam desnorteadas pela falta da afetividade, principalmente na fase da primeira infância.

É cónita a decorrência com que pais são designados ao judiciário para serem responsabilizados a título de alimentos para os filhos, aonde a materialidade da paternidade vem se tornando corriqueira, onde apenas o

pagamento de alimentos tem se tornado suficiente, entretanto nos últimos anos o judiciário vem sendo pretendido para cobrança de afeto, o que vem tornando cada dia mais recorrente.

Mesmo se tratando de algo que não se implora ou se pede, o judiciário vem sendo demandado com vários litígios, onde os filhos cobram de seus pais pelo abandono afetivo, e esses estão sendo indenizados pelos genitores, com a justificativa de que o abandono pode causar danos psicológicos interferindo no desenvolvimento cognitivo das crianças. Segundo Piaget (1976, p.16) o afeto é essencial para o raciocínio e o desenvolvimento da inteligência:

[...] vida afetiva e vida cognitiva são inseparáveis, embora distintas. E são inseparáveis porque todo intercâmbio com o meio pressupõe ao mesmo tempo estruturação e valorização. Assim é que não se poderia raciocinar, inclusive em matemática, sem vivenciar certos sentimentos, e que, por outro lado, não existem afeições sem um mínimo de compreensão. (PIAGET, 1976, p.16)

Pensa-se que o afeto não pode ser exigido ou quantificado, mas o abandono tem suas consequências materiais e emocionais mesmo assim, os deveres para com as crianças devem ser respeitados com ou sem afeto. As crianças merecem ter as melhores possibilidades que ambos os genitores podem oferecer, tendo em vista que a interrupção da gestação tem um rol curto de possibilidades, quando as medidas contraceptivas falham, não se pode ocorrer o abandono de uma criança, mesmo que o genitor não nutra sentimentos pela criança às responsabilidades perante a educação, saúde, lazer e bem-estar têm de ser garantida.

3 A responsabilidade civil por abandono afetivo

Segundo Cavalieri Filho, pode-se conceituar a responsabilidade civil como “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de

uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”. (CAVALIERI FILHO, 2011). A Responsabilidade Civil deve ser analisada em quatro vertentes: ato ilícito, culpa, dano e nexos causal. Dessa forma, a partir da análise das quatro exigências comuns para configuração do Abandono Afetivo, pode-se determinar até que ponto o ato ilícito provocado pelos pais pode ter atingido o menor.

O ato ilícito no ordenamento brasileiro o artigo 186 do Código Civil de 2002 diz que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”(BRASIL, 2021) Analisado trata-se da omissão, negligência e imprudência por parte dos pais, mediante aos filhos, faltando com os deveres maternos ou paternos de proteção da criança nos aspectos físico, psíquico e afetivo, desamparando-os moralmente e psicologicamente.

A culpa se refere ao dever prévio de cuidado, temos no artigo 927 do Código Civil de 2002, o requisito da culpa: “Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (BRASIL, 2021). No que tange ao tema proposto, trata-se dos pais, podendo se estender a terceiros em situações em que houver a guarda formalizada, e sua obrigação com o desenvolvimento físico e emocional do menor. A afetividade no caso em questão pode ser questionada por este ser um sentimento involuntário, entretanto pela ótica da responsabilidade civil objetiva pode-se haver culpa ou dolo no ato, mas mesmo se não houver, há a responsabilidade, do mesmo modo, pois não observou aquele dever de cuidado que lhe era imputado.

O dano pode ser material/patrimonial ou moral, quando a dignidade é atingida. Nesse caso, se faz necessário que a criança tenha sofrido danos graves no período de desenvolvimento da personalidade, uma vez que a criança irá se espelhar em modelos de comportamento e afeto recebidos,

além de dependerem de seus responsáveis para ter seus direitos garantidos. Sobre o dano este se percebe ao violar direitos de personalidade, complementa o Carlos Fernandez Sessarego:

[...] dano ao projeto de vida daquele que transcende o que conhecemos e designamos como a integridade psicossomática do sujeito, é um dano radical e profundo que compromete em alguma medida o ser do homem. Prossegue afirmando que é um dano que afeta a liberdade da pessoa e acaba por frustrar o projeto de vida que livremente cada pessoa formula e através do qual se “realiza” como ser humano. [...] e é um dano que impede que a pessoa desenvolva livremente sua personalidade (SESSAREGO, 1992, p.118).

Deste modo verifica-se a função punitiva do dano, no entanto, a pesquisa que estamos desenvolvendo tem o objetivo de repreender a conduta de abandono de forma regressa e fazer com que as reincidências não tornem rotineiras. A possibilidade do caráter compensatório mostra-se embaraçado por não se ter parâmetro para se quantificar a afetividade.

Nesse sentido, Flávio Tartuce conceitua o nexa causal como “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” (TARTUCE, 2014, p. 478). No caso em questão o nexa causal vai ser verificado no elo entre a conduta do genitor e os danos causados ao menor, gerando como resultados, as sequelas na personalidade acompanhadas de sérios distúrbios emocionais.

O legislador ao criar o instituto da reparação civil busca impedir atos que cause lesões a direitos patrimoniais ou extras patrimoniais a outrem, e ao estender essa possibilidade aos casos de abandono afetivo percebe-se o objetivo de assegurar ao menor o seu direito ao princípio da dignidade humana que é um dos princípios basilares da nossa constituição, essencial para seu desenvolvimento pessoal.

4 Os deveres da família diante da Constituição Federal de 1988

Apesar dos vários avanços do estado brasileiro na igualdade de gêneros, muitas mudanças ainda precisam ser realizadas, visto que, problemas como o machismo, que faz com que mais de 5,5 milhões de crianças brasileiras não tenha o nome do pai na certidão de nascimento, como informa o IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) leva a mulher a assumir sozinha todas as responsabilidades familiares nos lares brasileiros. (IBDFAM, 2019). O dever para com as crianças se estende a família e a sociedade, como mostra a Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2021).

Visto que, este é um país que tem entre seus princípios a garantia da igualdade de direitos e a não discriminação de qualquer natureza, deve-se pensar porque ainda se tem tolerância com posturas de abandono total. Sendo assim, é preciso garantir que não nos sejam impostos papéis de gênero e posturas que não se adequam mais ao quadro social, como é dito no art. 229 da Constituição Federal de 1988, em que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 2021).

Mas para além de dispositivos legais, temos um rol de princípios que norteiam as relações familiares adequadas. Podemos falar sobre aquele que é um dos mais discutidos no ordenamento, a Dignidade da Pessoa

Humana, este que tem sua conceituação amplamente debatida e seguindo Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] 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 asseguram 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 e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2007, p.62).

Partindo dessa lógica, pensamos na atividade coletiva que é oferecer decência à outra pessoa, para tal é necessário um acúmulo das atitudes que vão da família para o Estado em geral. O pai abandonar um filho causa um desequilíbrio na estrutura em busca de construção humanística e faz com que a criança se sinta diferente e menos digna de amor e cuidado. Pode-se trazer à tona o princípio da Paternidade Responsável, que está previsto na Constituição Federal de 1988,

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...] § 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. (BRASIL, 2021).

O disposto na Carta Magna pode então elucidar a possibilidade de prevenção de abandono por estar ligado ao controle de natalidade, ele garante as pessoas o controle sobre os seus corpos e genes, para que assim

as pessoas sejam livres e responsáveis. As maneiras de prevenção têm suas falhas e são em regra voltadas para o corpo feminino e estas acabam obrigadas a seguir com a gestação por questões biológicas, porém os homens não tem essa obrigação física, a eles resta a moral para definir se vão arcar ou não com suas obrigações.

Trouxemos ainda o princípio da Solidariedade previsto no inciso I do art. 3º da Constituição Federal de 1988, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (BRASIL, 2021) e no capítulo destinado à família, o princípio é revelado incisivamente no dever imposto à sociedade, ao Estado e à de proteção ao grupo familiar. Este que é usado diversas vezes para justificar a prestação de alimentos, por pensar no dever de mutua assistência seja afetiva ou financeira. Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves:

O dever de prestar alimentos funda-se na solidariedade humana e econômica que deve existir entre os membros da família ou parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformado em norma, ou mandamento jurídico. Originariamente, não passava de um dever moral, ou uma obrigação ética, que no direito romano se expressava na equidade, ou no *officium pietatis*, ou na caritas. No entanto, as razões que obrigam a sustentar os parentes e a dar assistência ao cônjuge transcendem as simples justificativas morais ou sentimentais, encontrando sua origem no próprio direito natural. (GONÇALVES, 2015, p. 507).

Deve-se então traçar uma linha de pensamento do legislador constituinte ao definir os parâmetros das relações familiares no Brasil, este queria garantir as crianças um ambiente igualitário, livre e responsável. Ele deixa clara a igualdade de direitos e deveres dos genitores para com seus filhos, não cabendo assim permissão de desamparo para os mesmos, independentemente das razões o “aborto” não é uma opção, uma mulher não pode deliberadamente interromper uma gravidez e um homem não

pode sistematicamente ignorar a existência de uma criança que ele ajudou a gerar.

5 Breve análise do abandono afetivo à luz dos tribunais

Após a vigência da Constituição Federal de 1988, a doutrina e jurisprudência se encontraram diante de um novo conflito familiar, onde após a separação, divórcio, dissolução da união estável ou em situações em que os pais não mantiveram um relacionamento, o genitor não guardião, resumia o cumprimento de sua obrigação simplesmente na prestação pecuniária (pensão alimentícia), de forma que o genitor principal (o que detém a guarda do menor) realize o papel de mãe e pai na educação e manutenção da formação e desenvolvimento da criança.

Essa postura omissiva, no decorrer dos anos pode acarretar diversas consequências para o adulto que esta criança irá se tornar. O abandono afetivo provocado pelo genitor em desfavor do filho é uma das causas da destituição do poder familiar podendo ser verificado no inciso II do artigo 1.638 do Código Civil, *“Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: II - deixar o filho em abandono”*. (BRASIL, 2021).

No entanto, até chegar à criação da reparação por abandono afetivo, o judiciário passou por alguns casos, tomando conhecimento dessa nova realidade e se adequando para que prevalecesse sempre o melhor interesse da criança. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais enfrentou o primeiro caso de reparação civil em decorrência do abandono afetivo, ao qual o filho teve contato com o pai até seis anos de idade, entretanto, após o nascimento de sua irmã, advinda de um novo relacionamento do pai, este deixou de conviver e manter contato com seu filho, contribuindo apenas com a pensão alimentícia (20% de seus rendimentos) ignorando os laços afetivos.

Assim, baseado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o menor ajuizou ação por danos morais, sendo a ação julgada improcedente em primeiro grau, mas, em segunda instância em 2004, o desembargador Unia Silva, da 7^o Câmara Cível do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, reconheceu o dano moral e psíquico que fora causado ao menor através do abandono afetivo provocado pelo pai, fixando a indenização no valor de 200 (duzentos) salários mínimos.

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS - RELAÇÃO PATERNO - FILIAL - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIO DA 4^o AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. Deram provimento. (TJMG, Apelação Civil 408.550.54, Rel. Des. Unias Silva). O pai, indignado, recorreu ao STJ, uma vez que considerava a aplicação do dano moral apenas quando houvesse o ensejo da prática do ato ilícito, não sendo o caso proposto. Sendo então, considerado pelo relator que a perda do Poder Familiar não constitui no dever de indenizar. Destarte, o acórdão foi assim emendado: (Resp. n^o 757411) RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do CC de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL, 2017).

O pai, recorreu ao STJ (Superior Tribunal de Justiça), uma vez que não considerava ato ilícito os fatos ocorridos, assim, não sendo cabível a reparação por danos morais. Dessa forma, o relator considerou que a perda do poder familiar não constitui no dever de indenizar, sendo o acórdão emendado (Resp. n^o 757411):

RESPONSABILIDADE CIVIL. ABANDONO MORAL. REPARAÇÃO. DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indenização por dano moral pressupõe a

prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do CC de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL, 2017).

No dia 24 de abril de 2012, a Ministra Nancy Andrichi, relatora do acórdão (resp. 1.159.242 - SP), nos trouxe a distinção entre o amor e cuidado na relação paterno/filial:

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião. O cuidado, distintamente, é tisonado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes. Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever. (Resp. 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012)

Sob o mesmo pensamento, em virtude da falta de cuidado, completou:

[...] que, sendo filha do requerido, cuja paternidade só ocorreu na esfera judicial, sempre tentou contato com o mesmo e nas datas mais importantes de sua vida o requerido não lhe demonstrou o menor afeto ou mesmo deu qualquer importância, e que, ademais, transferiu bens para outros filhos em detrimento de sua legítima, fato que está sendo discutido em outros autos. (Resp. 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Por fim, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) decidiu que a omissão do pai na formação e desenvolvimento de sua filha originou ato ilícito, com base no artigo 186 do código civil, resultando assim na indenização por danos morais. (CENCI, 2012).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012).

Para além desta situação, um caso mais recente traz à tona as questões defendidas neste artigo, de acordo com o desembargador

Evandro Lopes da Costa, da 17ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), ao analisar recurso e manter sentença que condenou um pai a indenizar os dois filhos em R\$ 120 mil, por danos morais, nas palavras do mesmo sobre as obrigações paternas,

Exatamente em razão de o afeto não ser coisa, mas sentimento, é preciso que um pai saiba que não basta pagar prestação alimentícia para dar como quitada sua 'obrigação'. Seu dever de pai vai além disso e o descumprimento desse dever causa dano, e dano, que pode ser moral, deve ser reparado, por meio da indenização respectiva. (TJMG, 2021).

Mais uma vez o julgador demonstra uma preocupação com a participação efetiva do pai na vida do filho, não deixando que para este a responsabilidade se resuma a algumas visitas e pensão alimentícia. Até porque estes institutos não deviam apenas ser vistos como direito do filho, mas também como garantia para o pai, pois estes visam ainda à validação do poder familiar do mesmo.

6 A posição social frente ao abandono afetivo

O atual ordenamento jurídico reconhece variadas construções de família, afinal, o afeto pode ser oferecido por diversas formas dentro desses novos formatos familiares, isto nos prova que não é necessário um padrão engessado de núcleo familiar para oferecer os cuidados necessários às crianças. Esta nova abrangência coloca em evidência a força das mães solo no Brasil, essas que tem enfrentado barreiras no mercado de trabalho e na criação da criança e na vida em sociedade pelo preconceito, e a falta de justificativa plausível para ainda existir abandono paterno.

Na matéria realizada pelo Minha Vida, são apresentados dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) que mostram 5,5 milhões de crianças sem o nome do pai no registro de nascimento. Da

mesma forma, mais de 80% das crianças têm como primeiro responsável uma mulher. Além disso, as mães são chefes de família em mais de 40% dos lares brasileiros, significando em torno de 60 milhões de domicílios. Há alguns anos esses dados não eram de fácil acesso, porém cada vez mais a informação chega à população e ainda sim existe uma condescendência para o abandono. (DÁVILA, 2019)

A revista crescer publicou a pesquisa *Getting a Job: Is There a Motherhood Penalty?* (“Conseguindo um emprego: há uma penalidade para a maternidade?”), feita na Universidade Stanford com milhares de profissionais dos Estados Unidos, mostra que as chances de uma mulher sem filhos ser contratada é 80% maior do que a de uma mulher com o mesmo currículo e com filhos. Na mesma situação, as possibilidades de um aumento de salário para a mulher com filhos é 50% menor. (OSHIMA, 2020). A paternidade de um homem não costuma ser levada em consideração em uma contratação, ele ter filhos e ser casado não parece implicar em dificuldades de desempenho de seu trabalho, assim como abrir mão de um filho é uma saída rápida e fácil para os homens, juridicamente a maior consequência de ser pai é algumas visitas ao mês e o apoio financeiro, para aqueles que optam em ainda ter alguma participação.

Ser criado em um núcleo familiar onde a figura paterna não é uma realidade, como casais de duas mulheres ou mulheres solteiras que adotam crianças, é um novo modelo familiar que pode funcionar de maneira harmoniosa. Isto se mostra diferente de saber que se tem um pai e este se mostra totalmente indiferente com a sua existência, o blog Pai Legal divulgou uma pesquisa feita pela psicóloga Vera Resende com crianças e adolescentes do Programa de Atenção à Infância e à Adolescência da Universidade Estadual Paulista, de Bauru, constata que a maioria das crianças atendidas com problemas de agressividade,

indisciplina, baixo rendimento escolar e apatia se ressentem da ausência do pai. "Constatamos que 80% das crianças não tinham problemas, mas apenas dificuldades na família. Orientamos os pais a participarem mais da vida dos filhos e às mães que compreendam a importância da figura paterna" (NICK, 2020).

Uma interrupção de gravidez é punível criminalmente, afinal trata-se do direito à vida, porém o direito a uma vida digna não parece ter sido prioridade da sociedade. Hoje segundo dados do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) informado pelo Senado, existem quase 34 mil crianças e adolescentes abrigadas em casas de acolhimento e instituições públicas por todo país (veja quadro). Destas, 5.040 estão totalmente prontas para a adoção. (ASSUNÇÃO; PAZZEBOM, 2020). O abandono de uma criança sempre é mal visto, saber que uma mulher entrega seu filho para o sistema a torna alvo de desrespeito, e as crianças abandonadas veem a face do preconceito ao serem excluídas e esquecidas nos abrigos.

7 Posicionamentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis acerca da indenização por abandono afetivo

Para doutrinadores como Rolf Madaleno e Maria Berenice Dias, os danos de ordem moral visam a reparação do prejuízo causado ao filho, já que não existe mais amor para se recuperar. Sendo a reparação sobre o dano emocional sofrido pelo filho e não sobre do amor não retribuído.

Cláudia Maria Teixeira Silva, sob o mesmo ponto de vista explica que "não se trata, pois, de "dar preço ao amor" como defendem os que resistem ao tema em foco, tampouco de "compensar a dor" propriamente dita. Talvez o aspecto mais relevante seja alcançar a função punitiva e dissuasória da reparação dos danos, conscientizando o pai do gravame

causado ao filho e sinalizando para ele, e outros que sua conduta deve ser cessada e evitada, por reprovável e grave”. (SILVA, 2011).

Do outro lado da discussão, considera-se que a aplicação da indenização visa observar que as obrigações decorrentes da paternidade não podem adentrar no espaço subjetivo do afeto, não existindo a obrigação legal de amar. De modo que os pais já tem responsabilização prevista, através da sanção da destituição do poder familiar, a qual já teria função punitiva suficiente contra os pais, como se posiciona Danielle Alheiros Diniz:

[...] O descumprimento de esse dever de convivência familiar deve ser analisado somente na seara do direito de família, sendo o caso para perda do poder familiar. Esse entendimento defende o melhor interesse da criança, pois um pai ou uma mãe que não convive com o filho não merece ter sobre ele qualquer tipo de direito. (DINIZ, 2009).

Deste modo incentivam que seja ajuizada ação de dano material para casos de graves, gerando indenização com base no ressarcimento integral, como defende Nelson Rosenvald:

[...] a pura e simples violação do afeto não deve ser motivo para ensejar uma indenização por dano moral, ao passo que somente quando uma conduta caracteriza-se como ilícita, é que será possível se falar em indenização pelos danos dela decorrentes, sejam eles materiais ou morais. Reconhecer a indenizabilidade decorrente da negativa do afeto produziria uma verdadeira patrimonialização de algo que não possui tal característica econômica, subvertendo a evolução natural da ciência jurídica, retrocedendo a um período em que o ter valia mais do que o ser.” (ROSENVALD, 2010).

A análise casuística traz diferentes determinantes, pois cada qual tem suas dores e motivações, e por não haver determinação expressa para se

lidar com tal conflito, visto que é um novo questionamento, a visão doutrinária ajuda a solucionar tais problemas.

8. Considerações finais

A família é essencial na formação do ser humano, entretanto, na busca pela felicidade, algumas famílias se rompem, surgindo novas famílias. Após essas dissoluções familiares e posteriormente com o surgimento de uma nova família, ocorre o distanciamento dos filhos resultantes das relações anteriores.

É muito comum na nossa sociedade atual, casos de mães que criam seus filhos sozinhas, conforme abordado ao longo desse artigo, com base nos dados do Instituto Data Popular, informado no jornal Diário de Petrópolis, divulgados pela Agência Brasil em 2015, foi apontado que o país conta com 67 milhões de mães, das quais 31% são solteiras, somando um pouco mais de 20 milhões.

Em diversas situações, o genitor resume a criação do filho ao pagamento da pensão alimentícia, assim garantindo no seu ponto de vista, a sua parte na criação da criança. No entanto, esse é um fato ultrapassado com a vigência da Constituição Federal de 1988 e modificações no Direito de Família, tendo como embasamento o princípio da dignidade humana e afetividade. Em outras palavras, ao longo das últimas duas décadas, as relações familiares sofreram grandes modificações, entre elas, a nossa legislação trouxe ao menor, o direito de ser reparado pelo abandono afetivo de seu genitor, uma vez que, tal ato ilícito, priva o infante de uma possível condição de vida melhor.

Não basta apenas a pensão alimentícia, é necessária a participação ativa de ambos os genitores no processo de desenvolvimento da criança. O magistrado deverá analisar o grau do dano provocado ao menor para que assim possa estipular a reparação. Existe correntes doutrinárias

desfavoráveis a reparação, tendo em vista que o amor não pode ser valorado e não será compensada a dor. No entanto as correntes doutrinárias favoráveis justificam a reparação como um sentimento de justiça, uma forma de punir o genitor pelo ato ilícito cometido.

Diante de todo exposto no decorrer desse artigo, percebemos que o foco central é o melhor interesse da criança. Toda criança tem por direito, a proteção, a saúde, a educação, a liberdade, a dignidade e um lar onde possa crescer e desenvolver-se para tornar um adulto saudável, com o amparo daqueles que a trouxeram para vida, seus genitores. Embora a indenização por abandono afetivo não possa recuperar o tempo perdido, tem como objetivo amparar o menor para que realize o tratamento necessário, superando os traumas causados pelo abandono, assim crescendo de forma saudável e a punição para o ato ilícito do responsável.

Referências

- ALMEIDA, A. R. S. **A afetividade no desenvolvimento da criança: contribuições de Henri Wallon.** Interação: Revista da Faculdade de Educação da UFG, v. 33, n. 2, p. 343-357.
- ANDRIGHI, Nancy. **Recurso Especial 1.159.242-SP.** <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/562903406/agravo-em-recurso-especial-aresp-1159242-sp-2017-0213687-9>> Acesso em: 23 março 2021.
- ASSUNÇÃO, Sheyla; PAZZEBOM, Elina Rodrigues. **Dia da Adoção: Brasil tem 34 mil crianças e adolescentes vivendo em abrigos.** Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/05/22/dia-da-adocao-brasil-tem-34-mil-criancas-e-adolescentes-vivendo-em-abrigos>>. Acesso em: 21 out. 2020.
- BALANCHO, L. S. **Ser pai hoje. A Paternidade em toda a sua Relevância e Grandeza.** Curitiba: Juruá, 2012.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**. 2011. (Monografia (Monografia) Apresentada ao Programa de Graduação em Direito como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito) - Universidade do Estado do Ceará <<http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>> . Acesso em 21 mar. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 22 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (13 de junho de 2017). **RECURSO ESPECIAL: Resp 1087561 RS 2008/0201328-0 - Relator Ministro Raul Araújo**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/490422303/recurso-especial-resp-1087561-rs-2008-0201328-0/inteiro-teor-490422312?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2017. < <Http://genjuridico.com.br/2017/10/26/principio-da-afetividade-no-direito-de-familia/>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio: **Programa de Responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CENCI, Fábio. **O abandono afetivo e a obrigação de convivência** – Reflexos processuais. < www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7351/O-abandono-afetivo-e-a-obrigacao-de-convivencia-Reflexos-processuais> Acesso em: 27 mar. 2021.

DANIEL, Wellington. **31% das mães brasileiras são solteiras Em Petrópolis, uma mãe deste grupo conta sobre as dificuldades**. Diário de Petrópolis, Petrópolis, 2020. Especiais. Disponível em: <<https://www.diariodepetropolis.com.br/integra/31-das-maes-brasileiras-sao-solteiras>>. Acesso em: 19 ago. 2020.

DÁVILA, Cinthya. **Maternidade solo: uma realidade de mães potentes e pais ausentes.**

Minha Vida, 2019. Disponível em: <<https://www.minhavidacom.br/familia/materias/34706-maternidade-solo-uma-realidade-de-maes-potentes-e-pais-ausentes>>. Acesso em: 22 out. 2020.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por**

abandono afetivo. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em: 11 março 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família.** v. 6. 12^a. Ed.

São Paulo: Saraiva, 2015.

GROENINGA, Giselle Câmara. **Direito Civil. Volume 7. Direito de Família.** Orientação:

Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008.

IBDFAM. Ibdfam.org, 2019. **Paternidade responsável: mais de 5,5 milhões de crianças**

brasileiras não têm o nome do pai na certidão de nascimento. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7024/Paternidade+respons%C3%A1vel%3A+mais+de+5%2C5+milh%C3%B5es+de+crian%C3%A7as+brasileiras+n%C3%A3o+t%C3%AAm+o+nome+do+pai+na+certid%C3%A3o+de+nascimento?fbclid=IwAR2UefS7fWmMW35-oZtTWEEJXoF6tFTI7mzAQ8yHfhyxTPIG9IP8_ps8bhk>. Acesso em: 23 ago. 2020.

MELLO, Daniel. Agência Brasil, São Paulo, 2015. **Brasil tem mais de 20 milhões de mães**

solteiras, aponta pesquisa. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-05/brasil-tem-mais-de-20-milhoes-de-maes-solteiras-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

NICK, Sérgio. **Análises Danos Provocados pela Ausência Do Pai.** Disponível em:

<<HTTPS://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/mais-a-fundo/analises/295-danos-provocados-pela-ausencia-do-pai>>. Acesso em: 22 out. 2020.

OSHIMA, Flávia Yuri. **Mães: como enfrentar o preconceito no mercado de trabalho.**

Revista Crescer, 2019. Disponível em: <<https://revistacrescer.globo.com/>

Familia/Maes-e-Trabalho/noticia/2019/12/maes-como-enfrentar-o-preconceito-no-mercado-de-trabalho.html>. Acesso em: 22 out. 2020.

PIAGET, J. **A construção do real na criança**. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.

ROSENVALD, Nelson. Abandono Afetivo e os limites do dever de indenizar. <<https://jus.com.br/artigos/57256/abandono-afetivo-e-os-limites-do-dever-de-indenizar>>. Acesso em: 27 mar. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SESSAREGO, Carlos Fernandes. **Proteccion a La persona humana**. Revista Ajuris, Porto Alegre XIX, n.56, nov. 1992.

SILVA, Camilo Junio Sirino da. Abandono afetivo: **A responsabilidade civil dos pais pelo desamor**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83439/abandono-afetivo-a-responsabilidade-civil-dos-pais-pelo-desamor> > Acesso em: 17 jan. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 4. Ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TJMG. **Pai é condenado por abandono afetivo de filhos**, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2019. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/pai-e-condenado-por-abandono-afetivo-de-filhos.htm#.YGSplR9K1s>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Capítulo 4

A contribuição das serventias extrajudiciais para a redução do número de processos no poder judiciário

*Diego Henrique Notório Macedo
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

O conflito está para a sociedade assim como o Poder Judiciário subsiste para resolvê-los. De acordo com as ideias do contratualista Thomas Hobbes, o homem, em seu estado natural, tende ao conflito. Desta forma, os homens firmam um pacto com um terceiro imparcial, a figura de um Estado forte, para que se resolva os seus conflitos e garanta seus direitos, e assim então chegue - ou pelo menos busca - ao bem estar social. E desta maneira tem ocorrido desde o século XVI (dezesseis), onde surgiram as ideias de Hobbes, de a necessidade e imprescindibilidade de uma figura estatal para que se resolvam os conflitos, até a atualidade.

Seguindo o raciocínio, o Barão de Montesquieu em sua exímia obra “O Espírito das Leis” propôs a tripartição dos Poderes que detinha esse Estado. Como uma das figuras de tal tripartição, o Poder Judiciário fora idealizado para que fosse um Poder que aplicasse a Lei em um caso concreto, sem a concentração deste Poder, à época, nas mãos do monarca, quando lhe fosse apresentado como um conflito de interesses. Em nosso ordenamento jurídico pátrio, a Carta Magna de 1988, em seus artigos 92 a 126, buscou regulamentar essa atividade estatal de suma importância para a promoção de garantias e defesa de direitos fundamentais, possuindo este respeitável Poder Judiciário, como um todo, uma função social indispensável. Detém este Poder a função típica de julgar causas de

distintas matérias, como causas cíveis, trabalhistas, criminais e dentre outras.

Não obstante, este Poder, que possui como função precípua julgar e dizer o Direito, tem se encontrado em um estado que o excessivo número de processos a serem julgados, e este fato tem resultado em uma morosidade na prestação jurisdicional. Sem adentrar no mérito dos motivos da superlotação de processos judiciais (reservando tal discussão e pesquisa a outros estudiosos), nos reserva apenas a análise de dados estatísticos que comprovam a obstrução do Judiciário. De acordo com o portal de transparência do Conselho Nacional de Justiça, CNJ em números, em uma análise restrita ao Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG, com ênfase a classe processual “ Processo Civil e do Trabalho”, foram 1.608.469 (um milhão, seiscentos e oito mil e quatrocentos e sessenta e nove) de processos distribuídos na justiça de primeiro grau em referência ao exercício de 2019, sendo que deste número, 988.938 (novecentos e oitenta e oito mil e novecentos e trinta e oito) são do assunto “Direito Civil”. Em relação ao tempo de tramitação destes processos, a mesma fonte informa que, em média, processos de conhecimento, da fase inicial até a sentença, duram em média 2 anos e 9 meses, sem contar ainda a fase recursal. (CNJ, 2020).

Diante deste cenário em que se evidencia o excessivo número de demandas levadas ao judiciário e morosidade em sua resolução, operadores do direito têm tentado buscar medidas alternativas à resolução de conflitos, e até mesmo à prevenção deles. Sem ignorar outras medidas, esta pesquisa fará uma análise de como os cartórios extrajudiciais podem e têm contribuído para desafogar o Poder Judiciário, desde a prevenção de litígios até a resolução, no que couber, de demandas.

2 Contextualização histórica sobre os serviços extrajudiciais no mundo e no Brasil

Os serviços extrajudiciais compreendem em serviços prestados pelo Estado, através de um delegatário público, onde será concedida autenticidade, fé pública e, principalmente, segurança jurídica aos negócios jurídicos privados. Antes da abordagem de como os cartórios podem contribuir para a redução do número de processos do judiciário proposto pelo artigo, é importante a situar, brevemente, os cartórios ao longo da história, sua chegada ao Brasil e evolução até resultar na importante ferramenta estatal que se tornou.

As primeiras aparições ao longo da história destes serviços foram com a civilização suméria. Responsáveis pela invenção da escrita, inovação àquela época dentre as civilizações do mundo antigo, foram com esses povos que apareceram os primeiros atos notariais. Os Escribas, que eram os personagens no seio social com conhecimento da escrita, realizavam atos que atribuíam fé pública aos documentos, aparecendo os primeiros carimbos como forma de autenticidade.

Muito embora os primeiros atos notariais tenham aparecido com os sumérios, foram os Romanos que aperfeiçoaram as práticas notariais e registrais, muitas delas herdadas pelos atuais modelos de cartórios e ainda praticadas. Os registros públicos e privados eram separados, onde os públicos guardavam uma relação com os assuntos da Corte e de Estado e eram exercidos pela figura denominada de “*notarii*”, e os privados eram responsáveis por elaborar documentos dos cidadãos, como contratos e testamentos exercidos pela figura do “*tabelliones*”.

Historicamente, os serviços extrajudiciais - naturalmente - chegaram ao Brasil com os portugueses, no período de colonização do país. As Ordenações do Reino davam ênfase ao valor probante dos atos escritos. Com a expansão da colonização lusa pelo território, criação das capitânias

hereditárias e delimitação de terras, nasceu a necessidade de instituir Tabeliães para o controle desta atividade. Conta Gustavo Sousa César que os registros eram levados perante a Igreja Católica que, ao tempo, era órgão oficial vinculado ao Estado, que tal atividade se assemelhava muito aos que os serviços de registro de imóveis realizam atualmente.

Posteriormente, com o advento da Lei 8.935 de 1994 foram aperfeiçoados os atos praticados pelos cartórios. Além da substituição do termo “cartório” por “serventias”, a referida lei instituiu a comunicação entre as serventias, o arquivamento de documentos e a independência e responsabilidade dos titulares dessas serventias. Com o tempo, legislações foram sendo aprimoradas, até chegar ao modelo atual das serventias e suas funções, cada vez mais dando protagonismo a estas atividades e colocando as mesmas como mais um instrumento que contribui com a desobstrução do Poder Judiciário.

3 Princípios específicos da atividade das serventias extrajudiciais

Falar em princípios é associar diretamente a idéias norteadoras, seja para guiar o legislador a aprimorar as leis em sua atividade legiferante ou para conduzir os operadores do Direito a aplicá-las. E na área extrajudicial não é diferente, com princípios peculiares que ordenarão o bom funcionamento desta seara.

3.1 Princípio da Cautelaridade

No ordenamento jurídico brasileiro, os profissionais que atuam nas serventias extrajudiciais se deparam em sua rotina com pessoas em que requisitam sua autoridade, seja para aconselhar sobre alguma medida ou para dar fé pública a algum ato jurídico particular.

Por esse princípio, de acordo com Oldemir Bilhalva Teixeira “o notário realiza tarefa acautelatória, e, desse modo, contribui sobremaneira

à harmonização de interesses”. (TEIXEIRA, 2019, p. 131). A cautelaridade está intimamente ligada às atividades extrajudiciais como um todo, não só a notarial. Seja o registrador ou o tabelião, deve ter os cuidados jurídicos necessários na realização de seu *mister*, ao passo que sua função está envolvendo interesses jurídicos de terceiros e, a depender do caso, um erro ou omissão do profissional extrajudicial poderá até mesmo gerar uma responsabilidade solidária para com o caso concreto. Em resumo, o dever de cautela envolve, de acordo com seu juízo e conhecimentos técnicos, auxiliar as partes que buscarem os serviços extrajudiciais a tomarem decisões pautadas na cautela e primando pela segurança jurídica do negócio.

3.2 Princípio Rogatório

Na esfera judicial, o direito de ação é exercido nos moldes do princípio da inércia da jurisdição, segundo o qual a jurisdição deve ser provocada pelas partes interessadas. Desta forma, a parte interessada deve requerer ao Judiciário que tutela sua demanda.

Corolário ao princípio acima narrado, as atividades extrajudiciais, naturalmente, também se regem por princípios semelhantes. Trata-se do rogatório, onde a parte interessada na prestação dos serviços extrajudiciais deverá dirigir-se ao de sua competência - ou preferência, a depender - e solicitar tal prestação, não podendo os profissionais do Direito atuante nessas serventias atuarem sem requisição das partes.

3.3 Princípio da Independência funcional

De acordo com este princípio, os profissionais atuantes nos serviços extrajudiciais exercem suas funções de natureza pública e de forma independente. Quando algum destes profissionais se sujeitam a vontade de uma parte interessada inobservando deveres de seu *mister*, sua função

social, sem dúvidas, restará prejudicada e flertando com a insegurança jurídica.

Independência funcional é, ademais, independência técnica e de juízo do profissional ao atuar nos casos concretos em que lhe são apresentados, para chegar o mais próximo que couber das possibilidades jurídicas do caso que lhe forem apresentados e sem detrimento de interesses das partes. Afinal, ter independência funcional para estes casos é principalmente adotar uma postura de modo a atender as partes e evitar futuros litígios.

4 Diferença entre as serventias notariais, registrais e de protesto

As chamadas serventias extrajudiciais, ou cartórios extrajudiciais, se dividem em 5 (cinco) espécies diferentes, cada uma atuando dentro de suas especificidades e atendendo a anseios específicos da população usuária. São os cartórios de ofício de notas, registro de imóveis, registro civil das pessoas naturais, registro de títulos, documentos e das pessoas jurídicas e, por fim, os tabelionatos de protesto.

A Lei nº 8.935/94, conhecida popularmente como “Lei dos Cartórios”, regulamenta o artigo 236 da CRFB, dispondo sobre serviços notariais e de registros. A dita legislação cuidou, em seus artigos 6º ao 13º, em trazer a diferença entre os serviços extrajudiciais presentes em nosso ordenamento jurídico, na forma abaixo.

4.1 Cartório do ofício de Notas

Conforme a Lei supracitada, aos notários compete a formalização jurídica da vontade das partes e a intervenção nos atos e negócios jurídicos a qual as partes queiram dar autenticidade e segurança jurídica.

Desta forma, é competência exclusiva dos Tabeliães de notas lavrar escrituras públicas, procurações, atas notariais, reconhecimento de firmas

e autenticações de documentos. Sendo o mais procurado pelo público, os escritórios de Notas estão lotados nas comarcas por todo o território nacional, facultando a Lei ao usuário utilizar o serviço de qualquer um desses.

4.2 Cartório de registro de imóveis

Aos oficiais do serviço de registro de imóveis compete, no que lhe couber, a prática dos atos previstos na legislação de registros públicos, qual seja, Lei 6.015/73. Em relação a sua competência exclusiva, cabe ao registro de imóveis registrar todas as alterações constantes em um imóvel que está delimitado em sua circunscrição, que é por comarca e subdistritos.

É neste serviço extrajudicial que são feitos os registros de alienações referentes aos imóveis lotados em sua circunscrição, como exemplo a compra e venda ou a doação. Cabe a esta serventia também averbar, à margem da matrícula, alterações no status da coisa imóvel, como exemplo hipoteca, alienação fiduciária, usufruto, servidão, incorporação, condomínio, penhora, inalienabilidade etc.

Desta forma, sua atividade é imprescindível para dar publicidade a coisa imóvel registrada em sua serventia, ao passo que o interessado poderá solicitar certidões ao escritório de registro de imóveis para ter informações da procedência da coisa imóvel, o que garante segurança jurídica aos negócios jurídicos como a compra e venda.

4.3 Cartório de registro civil das pessoas naturais

Dentre os serviços extrajudiciais, este é o único em que poderá se afirmar que todos estão sujeitos aos seus serviços. Nele são registrados o Nascimento, Casamento, Óbito e interdição e todas as alterações desses registros que possam vir a ocorrer, como uma alteração no nome ou no estado civil da pessoa natural.

4.4 Cartório de registro de títulos, documentos e das pessoas jurídicas

A função precípua desta serventia é o registro de documentos para a sua conservação. Neste Cartório o usuário poderá registrar documentos particulares, como contrato de aluguel, contrato de compra e venda de imóveis (não se confunde com a escritura de compra e venda, lavrada no cartório de Notas e registrada no serviço do registro de imóveis).

É comum na prática os particulares celebrarem contratos e registrarem neste cartório, com a finalidade de haver uma via arquivada na serventia em caso de eventual perda do documento pelos pactuantes.

Em relação ao registro das pessoas jurídicas, tomou-se a liberdade de colocá-lo junto registro de títulos e documentos, pois, o que se observa na prática, é o acúmulo das funções pelas serventias no país. A função é registrar os atos constitutivos das pessoas jurídicas de Direito privado que não sejam de competência da Junta Comercial, como exemplo os estatutos de associações sem fins lucrativos.

4.5 Cartório de protestos

Os Tabeliães de protesto são responsáveis por dar publicidade a uma dívida não paga e por intimar o devedor. Neste cartório são levados os títulos executivos, como o cheque e nota promissória não paga, para que através do instrumento de protesto lavrado neste cartório possa ocorrer tal publicidade e constituir o devedor em mora.

5 Do tabelião de notas, de protesto e registradores: sua formação e capacidade para serem exímios aplicadores da lei

Os tabeliães (sejam de notas ou de protesto) e registradores são agentes públicos classificados como particulares em colaboração com o Poder Público. Compreendem as pessoas físicas que prestam serviço ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração (PAVIONE,

2020, p.232) São delegatários do serviço público, onde exercerão a função em nome próprio e sob a fiscalização do Poder Público.

Para se tornar um tabelião ou registrador, o interessado estará condicionado à realização de um concurso de provas e títulos, realizado pelo Poder Judiciário de cada estado da federação. Para ilustrar a complexidade de tal concurso, selecionamos o Concurso Extrajudicial Edital 01/2019 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais com o fito de demonstrar cada etapa do certame.

Inicialmente, tratando dos requisitos para a outorga da delegação, além dos requisitos corriqueiros em editais como ter nacionalidade brasileira, estar em pleno gozo dos direitos civis e políticos dentre outros, a carreira apresenta requisito específico, conforme se vislumbra no item 4.1.1, “F”, ser bacharel em Direito ou ter completado dez anos de exercício da função em serviço notarial ou de registro.

Se tratando do certame, a seleção passa por cinco fases, sendo elas a prova objetiva, prova escrita e prática, comprovação de requisitos para a outorga da delegação, prova oral e, por fim, exame de títulos. Em relação a prova objetiva, a mesma possui um extenso rol de conteúdos no qual o conhecimento é exigido pelos futuros tabeliães e registradores. Valendo-se do edital exemplo, a prova objetiva possui 100 (cem) questões, passando pelos conteúdos Registros públicos e conhecimento geral, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Penal e Processual Penal, Direito Tributário, Direito Comercial, Direito Administrativo e Constitucional.

Em relação a prova escrita e prática, a mesma é fragmentada em uma dissertação, uma peça prática e quatro questões discursivas, tudo conforme conteúdo programático já descrito. Por fim, a prova oral realizada perante a banca examinadora onde, além do domínio do conteúdo, serão avaliados o uso correto da língua portuguesa e o estado emocional do candidato.

É correto afirmar que o que se extrai dos requisitos do edital é que um concurso rigoroso e extremamente seletivo, onde os aprovados, certamente, tiveram um longo preparo e carregam um notório saber jurídico. Um certame onde se é exigido dos candidatos conhecimentos desde Direito Penal até mesmo Direito Comercial, seguramente, tem a finalidade em selecionar aqueles que possuem um vasto conhecimento e, por consequência, raciocínio jurídico para resolver questões que lhes são apresentadas no cotidiano dos cartórios.

A importância de se reconhecer o percurso até se tornar um tabelião ou registrador é demonstrar que tal profissional é apto a ser um aplicador da Lei, onde diariamente em suas serventias serão levadas situações em que seu raciocínio jurídico refletirá diretamente na demanda, de forma sempre a trazer segurança jurídica para as partes e, por consequência, evitar conflitos que futuramente poderiam desaguar no Poder Judiciário.

6 Das inovações legislativas na seara das serventias extrajudiciais e contribuição para a redução do número de processos no poder judiciário

De toda a sorte os cartórios extrajudiciais têm, com o tempo, adquiridos uma maior importância no seio social e no ordenamento jurídico pátrio. Cada vez mais o legislador vem reconhecendo a atuação de excelência destas serventias e aumentando suas funções, colocando lado a lado os cartórios com outros órgãos de Estado em uma atuação que, cada vez mais, tem contribuído para a prevenção de litígios e redução dos números de processos.

Selecionamos algumas inovações legislativas que ocorreram e atribuíram algumas novas funções aos cartórios extrajudiciais, e como essas modificações contribuíram, e contribuem na diminuição de processos no judiciário, e na prevenção de litígios.

6.1 A Lei nº 11.441/2007 e a possibilidade de realização de separações e divórcios pela via extrajudicial.

Com a entrada em vigor da Lei Federal nº 11.441/2007, que alterou o Código de Processo Civil, se instituiu a possibilidade de se realizar separações, divórcios e partilhas (inventário ou sobrepartilha) em cartórios extrajudiciais. Mais especificamente, serão realizados nos cartórios de ofício de notas, onde serão lavrados em escritura pública pelo Tabelião de notas e sem a necessidade de homologação por juiz. Todavia, não serão todos os casos específicos que poderão ser realizados em cartórios de notas, devendo ser observados os requisitos legais.

Para a realização de separações e divórcios pela via extrajudicial, além do recolhimento dos emolumentos cartorários (conforme tabela de cada estado da federação), é necessário que da relação não haja filhos menores ou incapazes, que a varoa não se encontre em estado gravídico e que haja consenso entre as partes. Os mesmos requisitos se aplicam quando da realização de dissolução de união estável. Insta salientar que a realização destes procedimentos em cartório não exclui a necessidade de estar assistido por advogado.

Com relação a números, desde que entrou em vigor a legislação, é notável a redução de processos no judiciário. De acordo com o Colégio Notarial do Brasil - CNB, foram mais de 1,3 milhões de processos de separações, divórcios e partilhas retirados do poder judiciário desde a entrada em vigor da Lei supracitada, com uma economia de 3 bilhões de reais na justiça de todo país.

Em análise aos números do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o relatório de movimentação processual, extraído do sítio eletrônico deste mesmo Tribunal, demonstra, entre 2007 (ano de entrada em vigor da referida Lei) e 2009, já uma grande diferença no número de processos da natureza “família”, a qual se enquadra as separações e

divórcios consensuais. Enquanto em 2007 foram distribuídos 230.847 feitos da natureza “família”, em 2009 foram ajuizados 211.481 feitos dessa mesma natureza, totalizando uma redução de aproximadamente 20.000 processos dentre as comarcas do estado de Minas Gerais. De acordo com o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, conforme dados mais recentes, em 2019, embora fossem distribuídas 254.038 ações de família (um número superior aos anos citados anteriormente), mas desse número apenas 20.729 compreendem ações de separação e divórcio consensual, não totalizando nem 10% dos feitos ajuizados de família.

Tais números, em verdade, são um reflexo da referida Lei nos processos de natureza “família”, revelando que magistrados têm se dedicado mais a causas de outros assuntos dentro dessa mesma natureza processual, sendo uma notória contribuição dos serviços extrajudiciais para com a desobstrução do judiciário.

6.2 A Lei nº 11.441/2007 e a possibilidade de realização de partilhas pela via extrajudicial.

Ainda sobre a Lei supracitada, que modificou o diploma processual civil, mas agora em uma análise em relação às partilhas, a mesma legislação também autorizou que os tabelionatos de notas realizassem inventários e sobrepartilhas consensuais. Da mesma maneira das separações e divórcios consensuais, não será qualquer demanda analisada pelo notário, devendo cumprir os requisitos impostos pela Lei e sendo obrigatória a assistência de um advogado.

Com relação aos requisitos, para que se realize a partilha pela via extrajudicial é necessário, além do pagamento dos emolumentos cartorários, deverá se apresentar as devidas documentações de impostos pagos, certidões necessárias, que todos os herdeiros sejam maiores e capazes, devendo haver o consenso entre os herdeiros quanto à partilha

dos bens e o falecido não poderá ter deixado testamento (exceto se o mesmo estiver caduco ou revogado).

Em relação ao requisito testamento, tal requisito ostenta maior atenção, por razão de alteração recente em entendimento do Superior Tribunal de Justiça e normas estaduais. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão inédita expedida em Outubro de 2019, decidiu por ser possível a realização do inventário em vias cartorárias mesmo com testamento. O Desembargador Luis Felipe Salomão, da 4^a turma do Superior Tribunal de Justiça, fundamentou em seu voto que não é razoável obstar a realização da partilha por escritura pública, desde que houver registro válido do testamento ou autorizado pelo juízo sucessório quando não houver discussões incidentes que não poderiam ser dirimidas pela via extrajudicial. De acordo com o Desembargador, obstar a realização violaria princípios caros de justiça, como a efetividade da tutela jurisdicional e duração razoável do processo. Em conformidade com o entendimento, Tribunais dos Estados já têm autorizado as respectivas serventias extrajudiciais a realizarem o inventário com testamento, mediante autorização judicial. É o caso do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde o Código de normas, provimento n^o 93/2020, em seu artigo 224, §1^o, expressamente admite a lavratura da escritura pública de inventário nos casos em que houver testamento válido com ordem judicial. Louvável é tal decisão do Superior Tribunal de Justiça e autorização por parte dos Tribunais dos estados em permitir os cartórios extrajudiciais a realizarem o inventário mesmo com testamento, uma vez que reduz, em parte, um requisito e possibilita a entrada de mais partilhas em cartórios e, por consequência, diminuindo o número de inventários judiciais.

Em relação aos números de processos judiciais, em 2007, ano da implementação da Lei, o número de feitos distribuídos da natureza “sucessões” era de 37.674 novos processos, de acordo com o relatório

anual de processos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Em contrapartida, em 2019 (dados mais atuais disponíveis), conforme o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, o número de ações distribuídas na classe “sucessões” foi de 25.969, evidenciando os efeitos da entrada em vigor da referida Lei e comprovando, em números, a redução de processos no Poder Judiciário.

6.3 A usucapião extrajudicial

A usucapião é um modo originário de aquisição da propriedade pela posse prolongada exercida sobre a coisa acrescida de demais requisitos legais. O termo usucapião é oriundo do latim *usu capio*, ou seja, tomar a coisa pelo uso.

De acordo com a legislação e doutrina civil, as espécies de usucapião são a extraordinária, ordinária, especial urbana, urbana coletiva e rural. Sem entrar no mérito de diferenciar cada uma das espécies, reservando tal conhecimento a estudos apartados, a intenção da presente pesquisa é tão somente demonstrar que a usucapião extrajudicial não se trata de uma nova modalidade de se usucapir, mas sim um novo procedimento inserido no ordenamento jurídico brasileiro, mais célere e que tem contribuído com a redução de processos no judiciário e a promoção do direito de propriedade.

Com a entrada em vigor do CPC/2015 (Código de Processo Civil), o novo códex introduziu no direito brasileiro um meio alternativo ao processo judicial de usucapião: o procedimento de usucapião extrajudicial. O atual diploma processual civil alterou o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), estabelecendo que, sem o prejuízo da via jurisdicional - em respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição -, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório de registro

de imóveis a comarca em que estiver o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado e representado por um advogado e munidos das documentações necessárias.

Em relação às documentações necessárias para se processar a usucapião junto aos oficiais de registro de imóveis, os incisos do referido artigo da Lei de Registros Públicos impõe que deverá ser apresentada, juntamente com petição subscrita por advogado solicitando o reconhecimento da usucapião, as seguintes: ata notarial lavrada por tabelião de notas, atestando o tempo de posse do requerente e antecessores, conforme o caso; planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, e pelos titulares de direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo ou dos imóveis confinantes; certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente; e justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e taxas que incidem sobre o imóvel. Ademais, o provimento nº 65/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece diretrizes procedimentais para a realização da usucapião extrajudicial nos cartórios de registro de imóveis e de ofício de notas, auxiliando os notários, registradores e respectivo advogado, ocasionalmente, representante da parte no pedido em todo o processo.

Passando agora à inquirição dos números de processos de usucapião judicial, fazendo uma comparação da quantidade que eram ajuizadas antes e depois da inovação instaurada pelo novo Código de Processo Civil, resta claro que este novo procedimento retirou processos do judiciário. Em uma análise em parâmetro nacional, a soma dos processos de usucapião ajuizados em todos os Tribunais dos estados da federação, em 2014 (um ano antes do Código de Processo Civil/15), fora de 72.719 feitos. Já em 2017, um ano após o término do período de *vacatio legis* do novo códex, o

número de feitos reduziu para 53.792. Com relação ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em 2014 o número de processos judiciais de usucapião fora de 11.074. Em compensação, em 2017 houve redução para 7.312 de pedidos judiciais de usucapião, Tribunal este com um dos maiores números de processos dessa classe ajuizados anualmente.

Mais uma vez o que se vislumbra é a confiança do legislador pátrio nos serviços prestados pelas serventias extrajudiciais. Em uma tentativa para buscar meios de descongestionar o judiciário de processos, o Código de Processo Civil/15 foi discutido para buscar meios alternativos de resolução dos conflitos e demandas. O que se conclui é que delegar aos cartórios a realização do procedimento de usucapião foi uma escolha acertada, onde tal procedimento possui segurança jurídica e celeridade, que por consequência reduziram, no que lhe coube, processos no Judiciário.

6.4 Conciliação e mediação em cartórios extrajudiciais

A conciliação e a mediação compreendem em um dos meios alternativos de resolução de conflitos ante a busca pelo judiciário. Se trata de um procedimento onde as partes, auxiliadas por um terceiro imparcial, buscam a tentativa de resolução da demanda/conflito com base no consenso. A diferença entre as duas formas reside na atuação do terceiro imparcial, onde o conciliador adota um papel mais ativo naquele diálogo, dando opiniões e fazendo sugestões e o mediador facilita o diálogo entre as partes, sem opinar para que as mesmas cheguem a uma solução por esforços próprios.

A importância de se fazer a promoção da conciliação e mediação é buscar evitar os desgastes de tempo e dinheiro que um processo judicial prolongado pode resultar. Nessa toada, o provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça autorizou os cartórios de notas e de registro

a realizarem conciliação e mediação, devendo a serventia interessa se cadastrar junto à corregedoria local e assumindo o dever de manter a capacitação dos funcionários que atuarão como mediadores e conciliadores. O provimento dispõe da forma que será realizado o procedimento, e os resultados da conciliação ou mediação ficarão resguardados sob confidencialidade nos livros cartorários. O valor dos emolumentos cartorários a serem recolhidos irá variar de acordo com a tabela de cada Estado.

Autorizar que seja realizado tais procedimentos perante os tabeliães e registradores é bastante positivo, sob a perspectiva de se ter profissionais com notório saber jurídico e capacitados para realizar tal procedimento, seja por sua formação ou pela obrigação de se manter, paulatinamente, preparados para lidar com demandas que lhes são apresentadas. Além do mais, tal permissão é mais uma alternativa às partes, sem contar as centrais de conciliação e até mesmo as audiências de conciliação e mediação pré-processual estabelecidas no Código de Processo Civil. O que se observa, mais uma vez, é os cartórios extrajudiciais sendo colocados lado a lado com outros órgãos com medidas de busca de diminuição de processos judiciais.

6.5 A integração dos cartórios no combate ao crime de lavagem de dinheiro

Os crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores, conhecido no popular como “lavagem de dinheiro”, conforme o artigo 1º da Lei nº 9.613/98 compreende em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração pena. A referida Lei também se incumbiu de criar o Conselho de controle de atividades financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas

administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na mesma Lei.

Criar mecanismos nos quais o Poder Público continue, veementemente, no combate aos crimes de lavagem ou ocultação de bens e valores é de suma importância, uma vez que as formas de praticar tal infração penal estão cada vez mais complexas. É nesta toada que, para que se torne mais forte e efetiva a atuação do Estado em repressão a esses crimes, que o Conselho Nacional de Justiça, por meio do provimento número 88/2019, introduziu os cartórios extrajudiciais no combate ao crime de lavagem de dinheiro.

Dispõe o provimento que os notários e registradores devem avaliar a existência de suspeição nas operações ou propostas de operações de seus clientes. Nesse sentido, os tabeliães e os oficiais de registro deverão dar atenção à prática de atos incomuns em suas serventias, ou que, por suas características, no que se referem a partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar indícios dos crimes de lavagem de dinheiro. Sendo assim, os mesmos comunicarão à Unidade de Inteligência Financeira – UIF, por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras – Siscoaf, quaisquer operações que, por seus elementos objetivos e subjetivos, possam ser consideradas suspeitas de lavagem de dinheiro ou financiamento do terrorismo.

A fim de se exemplificar situações em que os registradores e notários terão de, obrigatoriamente, comunicar à Unidade de Inteligência Financeira, o próprio provimento nº 88/2019 trouxe circunstâncias no qual configuram atividades que oferecem suspeitas. Quando o oficial do registro de imóveis se deparar com registro de transmissões sucessivas do mesmo bem, em período não superior a 6 (seis) meses, se a diferença entre os valores declarados for superior a 50%, onde evidencia-se o aumento

paulatinamente do valor atribuído ao bem, ou então quando configurar indícios de ocorrência do delito, como doações de bens imóveis ou direitos reais sobre bens imóveis para terceiros sem vínculo familiar aparente com o doador, referente a bem imóvel que tenha valor venal atribuído pelo município igual ou superior a R\$100.000,00 (cem mil reais). Em relação aos tabeliães, um exemplo de situação é qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor em espécie igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis. Tais exemplos não excluem outras possibilidades de o registrador ou o notário suspeitar de atos, uma vez que o provimento oferece uma margem de discricionariedade aos mesmos no sentido de convicção subjetiva do que será um ato que gere suspeita.

Conclui-se que as serventias extrajudiciais, ao assumir esse papel de atuar lado a lado com a central de controle de atividades financeiras - COAF aumenta o poderio estatal no enfrentamento aos crimes de lavagem e ocultação de bens, podendo, muitas das vezes, contribuir ao ponto de fornecer dados que levem o Estado a informações cruciais sobre crimes em andamento, e, sem deixar de citar, reforçando a importância dos cartórios para com a sociedade.

7 Das contribuições que algumas serventias podem oferecer para a prevenção de litígios: uma análise em relação aos cartórios de notas, registro de imóveis e registro de títulos e documentos

Em entrevista concedida ao Colégio Notarial do Brasil - CNB/MG, ao ser indagado sobre como avaliava a importância dos segmentos extrajudiciais no auxílio ao Poder Judiciário, o Ilmo. Desembargador Newton Teixeira Carvalho, terceiro vice-presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, respondeu que “ O segmento extrajudicial é de suma importância para desafogar o Judiciário e também para atender o mais

rapidamente possível as pessoas, eis que vários requerimentos, que antes eram monopólio do Judiciário, agora podem ser feitos também nos Cartórios. Assim, o cidadão terá um atendimento mais rápido, a exemplo, da separação, divórcio, dissolução de união estável consensuais e usucapião.”. Embora tais contribuições dos cartórios, citadas pelo Ilmo. Desembargador, são imprescindíveis para desafogar o Poder Judiciário em relação ao número de processos, as serventias podem ajudar - e ajudam - na prevenção de litígios através de suas funções e de seus atos praticados.

Nesse sentido, o intuito deste capítulo é a partir das funções precípuas estabelecidas na Lei nº 8.935/94 (Lei dos Cartórios) e atos praticados por cada um dos cartórios extrajudiciais, somado com a atuação dos tabeliães e registradores no cotidiano dos cartórios, demonstrar como a segurança jurídica dos atos cartorários podem contribuir para a prevenção de litígios, que, se não fosse a instrução destes profissionais dotados de notório saber jurídico ou a falta de alguns desses atos, poderia resultar em uma discussão judicial.

7.1 Do Cartório de Ofício de Notas

O cartório de ofício de notas, conforme legislação cartorária tem como competência formalizar negócios jurídicos, como exemplo uma compra e venda de imóvel, e auxiliar as partes em negócios jurídicos através do conhecimento técnico e jurídico do tabelião. Tendo como pilar central da atividade notarial o oferecimento de segurança jurídica aos negócios jurídicos através de seus atos praticados, de acordo com o Colégio Notarial do Brasil, são, atualmente, 8.500 (oito mil e quinhentos) escritórios de notas em funcionamento em 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, levando esse serviço essencial à sociedade por todos os cantos da federação.

Dentre os atos praticados pelo tabelião de notas está o reconhecimento de firma, que consiste no ato pelo qual o notário atesta a autoria de uma assinatura em um documento que lhe é apresentado. Tal ato reveste-se de segurança jurídica no sentido de auferir uma maior autenticidade ao documento apresentado, uma vez que uma assinatura reconhecida pelo cartório aumenta a presunção de veracidade da mesma e afasta dúvidas quanto à sua procedência em um documento firmado. A ausência de um reconhecimento de firma poderia abrir margem, por exemplo, à uma falsificação, que poderia resultar em uma discussão no juízo cível para atestar a autenticidade da autoria, ou até mesmo se enquadrar em uma situação fraudulenta, que poderia configurar o crime de Estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal, sendo que em ambos os casos haveria lesão a direito da parte e levaria mais discussões e litígios para a análise do Poder Judiciário.

Outro ato que é praticado pelo tabelião de notas é a lavratura de procuração pública, onde o interessado, que será denominado outorgante, poderá nomear uma pessoa de sua confiança, denominado outorgado procurador, para agir em seu nome conforme finalidade que especificar. Um exemplo de situação que poderá ser lavrada uma procuração é quando há a outorga de poderes para representar alguém junto ao INSS - Instituto Nacional do Seguro Social. Casos comuns são idosos, com reduzida capacidade de locomoção, outorgando poderes a pessoas de sua confiança para que retirem seus benefícios de aposentadoria junto às instituições bancárias. Em casos mais delicados, como por exemplo, de moléstia, o INSS exige que o mandato seja lavrado em cartório, perante o tabelião de notas que irá averiguar as condições da pessoa outorgada, principalmente no que tange à capacidade expressão de vontade. Caso o tabelião, conforme seu juízo e entendimento percebam que a pessoa não está em pleno gozo das faculdades mentais para praticar tal ato, o mesmo irá

rejeitar com base na segurança jurídica que o cartório oferece e também na proteção dos direitos daquela pessoa. No contrário, sem essa atenção especial por parte dos cartórios, poderia abrir margem também a fraude, podendo a pessoa nessas condições ser vítima de golpes e acabar tendo que recorrer ao Judiciário para socorrer aos seus direitos.

Não excluindo a importância dos demais atos praticados pelos notários, evidenciando apenas os citados acima, resta claro como atos desempenhados pelos tabeliães de notas são dotados de segurança jurídica, protegem direitos das partes que buscam seus serviços e evitam litígios na medida do possível.

7.2 Do serviço de Registro de Imóveis

“Quem não registra não é dono” ou “Só é dono quem registra”. Através das máximas citadas se extrai uma das funções primordiais dos cartórios de registro de imóveis: registrar todas as transferências de propriedade de imóveis lotados na circunscrição de cada cartório imobiliário.. Ademais, além da função citada, os cartórios de registro de imóveis são responsáveis por realizar todas as alterações constantes em um imóvel que está delimitado em sua circunscrição, tais como, por exemplo, gravação de ônus à margem de matrícula imobiliária ou averbações de dados do proprietário, como alteração de estado civil.

Guardião da propriedade imobiliária, a atividade registral de imóveis, além de estar embasada na segurança jurídica, é pautada na promoção da publicidade de tudo o que guarda relação com os imóveis registrados nas serventias (não que os outros cartórios extrajudiciais não possuam publicidade dos seus atos). Desta maneira, com a análise de alguns dos atos praticados pelos registradores de imóveis, a título de ilustração, é inequívoca a contribuição desta serventia para a desobstrução do judiciário.

Conforme prescreve o artigo 1.245 do Código Civil, “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. Ainda em relação ao mesmo dispositivo, o primeiro parágrafo menciona que “enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel”. Sendo assim, a legislação civil instituiu o trâmite da transferência do imóvel, seja a título oneroso (compra e venda) ou a título gratuito (doação). Após a lavratura da escritura pública da transmissão do bem imóvel nos tabelionatos de notas, o título, obrigatoriamente, deve ser levado a registro no cartório de imóvel competente para que se conclua a transferência. Ostensivamente os serviços e registro de imóveis orientam seu público da maneira que deverá se proceder a transferência de titularidade dos imóveis, para evitar garantir que se cumpra com todas as etapas e evitar, posteriormente, discussões de propriedade no Poder Judiciário.

Ainda em relação a transferências de titularidade de imóveis, ressalta-se a importância da publicidade dos cartórios. Ao adquirir um imóvel, consultar o cartório de registro de imóveis é de suma importância ao passo de se ter ciência da situação da coisa. A princípio, deve se constatar se, de fato, o imóvel é de propriedade da pessoa com quem se está contratando, o que pode evitar fraudes e crimes. Além disso, imprescindível avaliar se não há questões incidentais sobre o imóvel e que podem embarçar a transação, como por exemplo, verificar se não há nenhuma ação gravada à margem da matrícula pode evitar que se adquira um imóvel objeto de penhora em um processo judicial, afastando assim o risco evicção que é a perda do bem em virtude de uma decisão judicial, que, por consequência também poderia ser uma fraude à execução por parte do alienante, evitando assim lesões a direitos e prolongadas *lides* no Judiciário.

As atividades dos cartórios de registro de imóveis protegem o direito constitucional à propriedade, seja daquela pessoa que tem constituída ou daquela que está prestes a constituí-la. Podem afastar também demandas através de suas funções protetivas, evitando que caiam no judiciário causas que poderiam ser evitadas pela publicidade atribuída aos seus atos ou por seguir trâmites que a lei impõe.

7.3 Registro de títulos e documentos

A Lei nº 8.935/94 atribui a esses cartórios a função de registrar títulos e documentos, sendo comum associar o registro desse cartório à validade de um documento, o que não expressa a realidade. Quando um documento é levado ao registro nessas serventias, por exemplo um contrato de locação de imóvel, os efeitos que o registro refletirá sobre esse contrato é a publicidade (uma vez que qualquer pessoa poderá solicitar uma cópia deste documento ao cartório) e a guarda desses papéis em uma espécie de arquivo público.

A intenção em se criar essa serventia para essas finalidades é ser um serviço à disposição de quem interessar para, de certa forma, proteger um documento particular celebrado. O que se observa na prática é que quando as partes confeccionam um contrato particular, criando ou extinguindo alguma obrigação, o fazem em número de vias no qual ficará uma cópia a cada parte contratante. Seguindo ainda o exemplo da locação de imóveis, habitualmente as partes ao assinar o contrato o fazem em duas vias, uma ficando ao locador e outra ao locatário. Até esse momento, a guarda e segurança pelo contrato é responsabilidade das partes. Mas o que ocorre se houver a perda das vias deste contrato? Em verdade, as partes ficarão sem um documento comprobatório dessa obrigação criada entre ambos.

Nesta toada, imaginemos a seguinte situação hipotética: como as partes iriam comprovar o período estipulado pela locação e o valor a ser

pago por ela? E se uma parte alegar a outra uma situação diversa do que estava estipulada no contrato, por má-fé, somente pelo fato de não existir mais a prova documental? Poderia haver, nesse caso, uma discussão judicial para sanar tais perguntas, o que teria que ser comprovado por outros meios de prova, levaria tempo e dinheiro, o que poderia ser resolvido se houvesse anteriormente o registro desse contrato no cartório de títulos e documentos.

De fato, quando as partes decidem registrar um contrato no cartório de títulos e documentos, as mesmas perdem a confidencialidade do documento que estão celebrando ao passo que qualquer pessoa poderá ter acesso em virtude da publicidade dada pelos cartórios. Em contrapartida, quando registrado nestes cartórios é garantida que sempre tenha uma via do documento a disposição para solicitar uma cópia, afastando os riscos da situação hipotética apresentada anteriormente, gerando uma proteção ao conteúdo desses documentos e afastando a busca pelo Judiciário para resolver questões que poderiam ser evitadas pelo registro no cartório de títulos e documentos.

8 do número ainda grande de separações e divórcios consensuais no judiciário: as vantagens de se realizar o procedimento pela via extrajudicial

Analisando os dados estatísticos elencados em tópico retro abordado, sobre a redução de processos judiciais de divórcios e separações consensuais desde a entrada em vigor da Lei nº 11.441/2007, fornecidos pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, apesar da empolgante diminuição de processos judiciais de separações e divórcios consensuais, ainda há um grande número de procedimentos no seio do Judiciário versando sobre esses mesmos assuntos. Reiterando os dados citados acima, em 2019 foram distribuídos 20.729 novos processos de separações e divórcios consensuais, o que se mostra um número ainda

excessivo. Embora não há como analisar se todos esses feitos se enquadram nos requisitos impostos para a realização destes procedimentos nos cartórios, o intuito deste capítulo é demonstrar as vantagens de se realizar o procedimento pela seara extrajudicial (quando admitidos os requisitos), fazendo um contraponto do tempo de duração das duas formas e comparando os emolumentos, promovendo assim a via extrajudicial.

Nesse primeiro cenário de comparação, com base nos dados do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em números, o tempo médio de duração de um processo de conhecimento na Justiça Comum de primeiro grau, analisando as estatísticas com enfoque no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, é de 2 anos e 9 meses (CNJ, 2020) Muito embora não tenha um filtro específico para os processos de separação e divórcio, a partir dos dados consegue se extrair, em média, um tempo de duração por analogia. Em contrapartida, o tempo de duração da realização do procedimento em um cartório de notas dependerá apenas da reunião dos documentos necessários e disponibilidade do tabelião para lavratura da escritura e marcação da assinatura na serventia, o que torna os anos para aguardar a análise no Judiciário em celeridade dos cartórios.

Agora em relação aos emolumentos, observando as tabelas de custas (Justiça Comum) e emolumentos (Cartórios extrajudiciais) do Tribunal de Justiça de Minas Gerais do exercício de 2021, em um processo de competência da Vara da Família de custas inestimáveis, teria um total a recolher pelas partes de R\$220,86 (duzentos e vinte reais e oitenta e seis centavos). Por outro lado, para lavrar a escritura de divórcio ou separação consensual, a tabela de emolumentos informa que o valor da lavratura seria de R\$446,64 (quatrocentos e quarenta e seis e sessenta e quatro centavos), sendo levado em consideração que em ambos os casos seria o custo de um divórcio ou separação consensual sem bens ou pensão.

Observando que se levar em consideração o tempo até o resultado final do procedimento, a diferença dos valores é ínfima, sendo o melhor custo benefício realizar o procedimento em cartório.

Por derradeiro, além dos benefícios citados acima de se realizar o procedimento de separação ou divórcio nos cartórios de notas, também é vantajoso para o advogado realize esses procedimentos por vias cartorárias, uma vez que lhe demandará menos tempo e poderá entregar um resultado útil aos seus patrocinados em um prazo menor.

9 Das vantagens de se recorrer aos cartórios de notas para a realização de inventário extrajudicial

Celeridade é a principal vantagem oferecida pelos cartórios. Não diferente dos processos judiciais de separações e divórcios consensuais, o procedimento judicial de inventário demanda tempo e também é burocrático até a entrega da pretensão às partes, ou seja, a partilha dos bens deixados para que os herdeiros possam se tornar proprietários e disporem dos mesmos como melhor convier. Para demonstrar o tão burocrático (o que também o torna, por consequência, lento) é o procedimento judicial, em um primeiro momento, será feita a análise do procedimento judicial de acordo com o Código de Processo Civil vigente.

Conforme o Código Processual Civil, o prazo para dar entrada no procedimento de inventário, seja judicialmente ou extrajudicialmente, é de dois meses da abertura da sucessão (começa a se contar da data do óbito). Em relação ao procedimento judicial de inventário, o mesmo inicia-se com petição ao juízo competente solicitando a abertura do processo, e, em sequência, o Juiz nomeia o inventariante respeitando a sequência que estabelece o artigo 617 do Código de Processo Civil. Ato contínuo, após a nomeação do inventariante, o mesmo terá vinte dias para as primeiras declarações, onde serão informados os herdeiros, bens e eventuais dívidas

deixadas pelo falecido. Após esta etapa do procedimento, serão citados os outros herdeiros, que terão a oportunidade de manifestarem, dentro do prazo estabelecido pelo Código, em relação às declarações realizadas pelo inventariante. Em sequência, o Juiz nomeará perito para avaliação dos bens e posteriormente as partes deverão recolher o ITCMD - Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Finalizada a etapa de recolhimento do imposto, será designada a partilha dos bens e, finalmente, sentença homologando a partilha dos bens.

Fazendo um contraponto, o procedimento de inventário extrajudicial, quando admitido em razão do cumprimento dos requisitos, inicia-se com a escolha do cartório de notas em que será realizado o procedimento. Em sequência, o advogado nomeado pelas partes atuará junto ao cartório, encaminhando petição com os dados do falecido e sua certidão de óbito, meeiro(a) quando houver, herdeiros, a indicação de quem será o inventariante, documentos demonstrando quais foram os bens, direitos e eventuais dívidas deixadas pelo falecido e certidões negativas de débitos para com às Fazendas públicas estadual e municipal. Em relação à nomeação do inventariante, cabe salientar que este ato poderá ser realizado por escritura pública de nomeação de inventariante apartada, caso haja a necessidade da atuação do mesmo junto a outros órgãos para resolução de pendências do falecido que esteja ligada intrinsecamente ao procedimento de inventário. Em seguida, após análise dos documentos dos bens, direitos ou eventuais dívidas deixadas pelo falecido, o Tabelião solicitará ao advogado que, junto das partes, proceda o recolhimento do ITCMD - Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação. Após a quitação do imposto, será remetida a minuta da escritura de inventário constando a divisão dos bens ao advogado que, após aprovação das partes, será lavrada a escritura definitiva.

Após a análise dos dois procedimentos, resta claro que o realizado em vias extrajudiciais é mais célere. Como dizem no dialeto popular “tempo é dinheiro”, e o tempo de tramitação dos dois procedimentos interfere diretamente nessa perspectiva. Simulando a situação de processo judicial, em que o falecido deixou aos seus herdeiros um bem imóvel (apartamento), os mesmos ficariam reféns do tempo em que gastariam o procedimento judicial, para só depois disporem livremente como proprietários. Com isso, ao longo do tempo o espólio teria gastos com a manutenção do bem, como despesas com estrutura, condomínio, água e luz, IPTU - Imposto Predial e Territorial Urbano e outros gastos que porventura incidam sobre o bem. Com o procedimento extrajudicial, com o fator celeridade em favor do(s) herdeiros, mais rapidamente os mesmos irão concluir a partilha e registrar a propriedade em seus respectivos nomes, podendo dispor do bem como seus que ficam sendo.

10. Considerações finais

A presente pesquisa se propôs, desde o início, em realizar uma promoção dos serviços realizados pelos cartórios extrajudiciais e o protagonismo que os mesmos têm assumido como uma ferramenta de ajuda para a desobstrução do Poder Judiciário em número de processos. Em nenhum momento o intuito do presente estudo foi denegrir a reputação do Poder Judiciário, em máximo respeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição. Mas pelo contrário, a verdadeira intenção fora em destacar como as serventias extrajudiciais têm contribuído para desafogar o número de processos no Judiciário, para que este Poder concentre suas atividades em “dizer o direito” e resolver demandas da sociedade quando provocado.

Nesse sentido, ao longo do estudo foram demonstrados números que comprovam esse importante papel dos cartórios para “enxugar” o número

de demandas do Poder Judiciário, como estatísticas de redução número de processos separações e divórcios consensuais, inventários e partilhas consensuais e usucapião extrajudicial. Ademais, fora demonstrado também como as atividades desenvolvidas pelos cartórios são eivadas de segurança jurídica e podem afastar situações em que o resultado seria a busca pelo Judiciário, como atos dos ofícios de notas, registro civil e registro de títulos e documentos.

Por derradeiro, conclui-se que é notável a excelência que os cartórios extrajudiciais têm assumido no seio social através de suas funções, sendo uma ferramenta de suma importância no enfrentamento ao problema da obstrução do Judiciário. No entanto, por si só, não é a solução para o respectivo problema. Em verdade, tal problemática pode ser avaliada de várias perspectivas, como falta de recursos humanos nos Tribunais, motivos culturais ou o até mesmo a questão do protagonismo do Judiciário ante a inoperância de outros poderes, deixando estas análises a outros estudiosos-pesquisadores, mas que este artigo cumpre com sua finalidade ao passo que comprova que as serventias extrajudiciais contribuem nesse enfrentamento.

Referências

ANOREG. **Provimento nº 67/2018 do CNJ disciplina conciliação e mediação em cartórios.** Associação dos Notários e Registradores do Brasil, 27 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2018/03/27/provimento-no-67-do-cnj-dispoe-sobre-os-procedimentos-de-conciliacao-e-mediacao-nos-servicos-de-notas-e-de-registro-do-pais/>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

ANOREG. **Coaf destaca a importância da integração dos Cartórios no combate à lavagem de dinheiro.** Associação dos Notários e Registradores do Brasil, 12 mar 2020. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2020/03/12/coaf-destaca-a-importancia-da-integracao-dos-cartorios-no-combate-a-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

ANOREG. **Provimento nº 88/2019 - Procedimentos extrajudiciais no combate à lavagem de dinheiro.** Associação dos Notários e Registradores do Brasil, 01 out. 2019. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2019/10/01/provimento-no-88-2018-dispoe-sobre-procedimentos-extrajudiciais-no-combate-a-lavagem-de-dinheiro/>>. Acesso em: 22 fev. 2021.

ANOREG. **Inventário Extrajudicial.** Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/atos-extrajudiciais/tabelionato-de-notas/inventario-extrajudicial/>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

ARPEN SP. **História dos Cartórios.** Associação dos Registradores do estado de São Paulo. Disponível em: <https://www.arpensp.org.br/index.php?pagina_id=181#:~:text=Desde%20os%20primeiros%20anos%20do,dos%20atos%20notariais%20e%20registrais.&text=Uma%20das%20importantes%20novidades%20dessa,quase%2050%20anos%20perdeu%3A%20Cart%C3%B3rio>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ARAÚJO, Maria Darlene Braga. **Sistema Registral e Notarial.** 1ª ed. Curitiba/PR: IESDE Brasil, 2009.

BEZERRA, Juliana. **Contrato Social.** Toda Matéria, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/contrato-social/#:~:text=O%20contrato%20social%20%C3%A9%20uma,Locke%20e%20Jean%20DJacques%20Rousseau>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.935/94.** Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 18 nov. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Código Civil.** Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020

BRASIL. **Código Penal**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 7 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 05 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.015/1973**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.441/2007**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 04 jan. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.613/1998**. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l9613.htm>. Acesso em: 08 nov. 2020.

CESAR, Gustavo Sousa. **A função social das serventias extrajudiciais**. Anoreg. Disponível em: <<https://www.anoreg.org.br/site/2019/08/13/artigo-a-funcao-social-das-serventias-extrajudiciais-e-a-desjudicializacao-por-gustavo-sousa-cesar/>>. Acesso em: 16 mar. 2021.

COSTA, Marcele. **História dos Cartórios no Brasil**. Cartório no Brasil. Disponível em: <<https://cartorionobrasil.com.br/artigos/historia-dos-cartorios-no-brasil/>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CONJUR. Revista Consultor Jurídico. **Atos de cartório retiram 1,3 milhões de processos da Justiça**. ConJur, 25 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>

2016-jul-25/atos-cartorios-retiraram-13-milhao-processos-justica>. Acesso em: 16 mar. 2021.

CNB/MG. **O segmento extrajudicial é de suma importância para desafogar o Judiciário.** Colégio Notarial do Brasil - MG, 01 fev. 2021. Disponível em: <<https://cnbm.org.br/o-segmen-to-extrajudicial-e-de-suma-importancia-para-desafogar-o-judiciario/#:~:text=Newton%20Teixeira%20Carvalho%3A%20O%20segmento,ser%20feitos%20tamb%C3%A9m%20nos%20Cart%C3%B3rios>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DADALTO, Rafael Gaburro. **Desjudicialização por meio das serventias extrajudiciais e acesso à justiça análise acerca da (im)possibilidade de tornar obrigatória a via administrativa.** Universidade Federal do Espírito Santo. Disponível em: <<http://repositorio.ufes.br/handle/10/11329>>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DIP, Ricardo. Direito registral e o novo código de processo civil. 1ª ed. Santana de Parnaíba/SP: Forense, 2016.

MINAS GERAIS. **Provimento Conjunto nº 93/2020.** Belo Horizonte, 23 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/porta-l-tjmg/informes/novo-codigo-de-normas-dos-servicos-extrajudiciais.htm#.YFeYxdJKcc>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

POMPEU, Ana. **Norma do CNJ autoriza cartórios a fazer mediação e conciliação de conflitos.** ConJur, 30 mar 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-30/cnj-autoriza-cartorios-mediacao-conciliacao-conflitos#:~:text=Da%20forma%20como%20ficou%20estabelecida,Justi%C3%A7a%E2%80%9D%20oexplicou%20o%20advogado>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

QUARTO REGISTRO DE IMÓVEIS DE GOIÂNIA. Quais tipos de cartórios extrajudiciais existem no Brasil? O que eles fazem? Disponível em: <<http://4registro.com.br/site/quais-tipos-de-cartorios-existem-no-brasil-e-o-que-cada-um-faz/>>. Acesso em: 08 nov. 2020

REDAÇÃO DOS MIGALHAS. STJ: **É possível inventário extrajudicial mesmo com testamento.** Migalhas, 15 out. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/313129/stj--e-possivel-inventario-extrajudicial-mesmo-com-testamento>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

SANTANA, Gustavo. **A separação dos três poderes.** Politize, 01 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/separacao-dos-tres-poderes-executivo-legislativo-e-judiciario/>>. Acesso em: 04 fev. 2021.

SIQUEIRA, Dirceu Siqueira. **Atividades Notariais e Registrais, judicialização e acesso à justiça:** o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade, 2018.

TARTUCE, Flávio e Fernanda. **Lei nº 11.441/2007:** diálogos entre Direito Civil e Direito Processual Civil quanto à separação e ao divórcio extrajudiciais. Colégio Registral – Rio Grande do Sul, 19 jul 2007. Disponível em: <https://www.colegioregistrals.org.br/doutrinas/lei-n-11-441-2007-dialogos-entre-direito-civil-e-direito-processual-civil-quanto-a-separacao-e-ao-divorcio-extrajudiciais/#:~:text=Em%205%20de%20janeiro%20de,e%20partilhas%20pela%20via%20extrajudicial>. Acesso em: 18 fev. 2021.

TEIXEIRA, Oldemir Bilhalva. **Princípios e procedimentos notariais.** 1ª ed. Campinas/SP: Russell, 2009.

Capítulo 5

O usuário de drogas e sua contribuição para o aumento da criminalidade no Brasil

*Emylle Fernanda Silva Martins
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

A sociedade brasileira, desde os primórdios possui problemas com o uso drogas (sejam elas lícitas ou ilícitas), sendo tal assunto objeto de discursos e debates por ser um tema tão relevante ao crescimento da criminalidade no Brasil. Portanto, esta pesquisa se torna relevante a partir do estudo real e crítico em relação ao uso de drogas, e como isso afeta a sociedade diretamente ou indiretamente.

Em verdade, diante do problema social evidenciado pelas drogas no Brasil, a tipificação do uso de drogas encontra-se amparo no artigo 28 da Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006, e parte de uma perspectiva criminológica crítica, haja vista a análise das penalidades impostas na legislação e seu índice de reincidência criminal. Além dessa análise, é preciso quantificar esse impacto social, tendo em vista o aumento da criminalidade decorrente do uso/dependência, que alimenta o tráfico de substâncias entorpecentes ilícitas.

A nova legislação não utiliza mais pena privativa de liberdade, buscando a sua aplicação e efetividade por meio da advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade e medidas educativas de comparecimento a programas ou cursos educativos conforme descrito na legislação. A presente pesquisa reflete a importância

de “curar” o usuário/dependente de drogas por meio da justiça terapêutica efetiva e conseqüentemente diminuição da criminalidade.

Nesse sentido, a pesquisa foi dividida em três tópicos: O primeiro tópico trata da lei antidrogas, sua origem histórica e tipicidade, onde alicerça a uma contradição existente entre usuários, dependentes e traficantes; no segundo tópico, aborda-se o usuário de drogas, com relação ao porte, penas e reincidência; e no terceiro e último tópico, busca-se uma proposta de intervenção e um tratamento terapêutico em relação ao usuário/dependente de drogas, de maneira a se chegar a um resultado efetivo.

No primeiro parágrafo do primeiro tópico, busca-se definir o que é droga e qual a sua origem, tendo como base o ordenamento jurídico. Já no segundo parágrafo, torna-se interessante analisar a trajetória do combate ao uso de drogas pelo ordenamento jurídico, e como isso foi recepcionado em cada contexto histórico. No terceiro parágrafo, busca-se demonstrar é possível diferenciar um traficante de um usuário pela lei. Por fim, no último parágrafo, evidencia-se a grande diferença entre usuários e dependentes, os quais não se confundem, tanto no ordenamento jurídico quanto no tratamento.

Ademais, o segundo tópico foi dividido em três parágrafos, os quais tratam primeiramente da despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006 e da definição de usuário de drogas; em seqüência, será abordada a temática referente ao consumo de drogas e como isso é analisado em relação às penalidades aplicadas atualmente; e por último, tratar-se-á da reincidência e como este instituto é acolhido pela legislação brasileira, principalmente em relação ao usuário de drogas.

O terceiro e último tópico traz em seu primeiro e segundo parágrafo, os estudos sobre a justiça terapêutica e suas contribuições para a sociedade em relação aos dependentes, e conseqüentemente, aos usuários. No

terceiro e quarto parágrafo, serão abordados estudos sobre a diminuição da dependência com tratamentos especializados, e em seguida, a diminuição da criminalidade. Por fim, o presente estudo irá premiar a análise em torno do ciclo vicioso do uso de drogas.

2 A Lei Antidrogas

2.1 A definição de “droga” no ordenamento jurídico brasileiro

A definição da palavra “droga” é muita e ampla e genérica, sendo difícil sua conceituação. A origem da palavra droga é incerta e contestável, onde alguns estudiosos acreditam que seja de origem Persa, tendo como significado “demônio”. Além do mais, existe controvérsia que ela seja de origem holandesa, a partir da palavra “*droog*” com significado de “folha seca”.

Pois bem, no dicionário brasileiro a palavra droga está em seu sentido amplo, sendo considerada: 1. como qualquer substância ou ingrediente us. em farmácia, tinturaria, laboratórios químicos etc. 2. qualquer produto alucinógeno (ácido lisérgico, heroína etc.) que leve à dependência química e, p.ext., qualquer substância ou produto tóxico (fumo, álcool etc.) de uso excessivo; entorpecente.” (BUENO, 2007, p. 269).

No Brasil, a palavra droga além de ser definida como medicamento, também está correlacionado às substâncias ilícitas presentes no ordenamento jurídico. Entre as drogas ilícitas, estão a maconha, a cocaína, o crack, o ecstasy, o LSD, dentre outras. Essas drogas ilícitas podem ser divididas em naturais, sintéticas e semissintéticas, e podem ser classificadas como depressoras, perturbadoras ou estimulantes.

2.2 A origem histórica do modelo antidrogas no Brasil

Indícios históricos demonstram que a droga sempre esteve presente no mundo, sendo utilizada para fins medicinais, culturais e sociais. No

início do século XX, alguns países já começaram a criminalizar o uso de drogas, e no Brasil, mesmo com confecção do Código Penal de 1940, não houve criminalização do uso, ao contrário dos traficantes. Nessa época, estabeleceu-se uma “concepção sanitária do controle de drogas”, sendo considerada doença a dependência, submetendo os usuários a um tratamento, com internação obrigatória.

Contudo, com o golpe militar de 1964, foi adotado o modelo bélico, tirando o foco da concepção sanitária do controle de drogas e equiparando assim traficantes como inimigos do regime. Inclusive, os jovens viam o uso de drogas como forma de protesto a manifestações libertárias e políticas (luta pela liberdade).

Não obstante, a Lei nº 6.368/1976 trouxe uma separação terminológica entre o usuário e o traficante. Além disso, com a Constituição Federal de 1988, o crime de tráfico de drogas tornou-se inafiançável e sem anistia. Logo em seguida, com o advento da Lei nº 8.072/90, esta impossibilitou o indulto e a liberdade provisória, alargando os prazos processuais, com a finalidade de aumentar a duração da prisão provisória. De fato, em 2006, a lei de drogas eliminou a pena de prisão para o usuário e o dependente, e trouxe para o mundo do direito as penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade, advertência sobre os efeitos da droga e medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

2.3 A diferenciação entre usuário e traficante na Lei nº 11.343/06

Com a criação da Lei nº 11.343/2006, houve a distinção entre traficantes e usuários, principalmente em relação às penas, sendo penas mais severas para quem pratica o tráfico e sócio educativas para usuários. O artigo 28 § 2º da Lei nº 11.343/06 auxilia na diferenciação:

Art. 28 §2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (BRASIL, 2006)

Veja-se que os principais fatores para distinção estão relacionados à quantidade de drogas encontrada, a variedade, a forma com que se encontra embalada a droga e o produto da arrecadação (dinheiro). Notadamente, entendem os tribunais brasileiros que o dinheiro encontrado em notas fracionadas e de pequeno valor, além de instrumentos e objetos (invólucro, balança de precisão, etc.) utilizados na dolagem da droga está relacionado ao tráfico. Pois bem, a distinção muitas vezes entre usuário x traficante se torna um “quebra-cabeça” para a doutrina e jurisprudência.

2.4 A diferenciação entre usuário e dependente na sociedade

Confundir o significado de usuário e dependente de drogas é errado, pois tais termos apresentam distinções. Partindo do pressuposto que em nossa sociedade não se pode afirmar que todo usuário é um dependente químico, Flávio Gomes disserta acerca dessa diferenciação:

É preciso distinguir, prontamente, o usuário do dependente de drogas. Nem sempre o usuário torna-se o dependente. Aliás, em regra, o usuário de drogas não se converte num dependente. Ser usuário de drogas (ou de álcool) não significa ser tóxico dependente (alcoólatra). A distinção é muito importante para o efeito de se descobrir qual medida alternativa será mais adequada em cada caso concreto. (GOMES, 2006, p. 123).

De tal maneira, essa diferenciação se torna clara em relação ao controle do uso. O usuário é uma pessoa que utiliza de entorpecentes ilícitos de forma ocasional, já o dependente, está relacionado a uma

condição física e psicológica oriunda do consumo constante de substâncias psicoativas. A dependência química pode ser considerada uma doença crônica, sendo relacionada a necessidade psicológica da pessoa de buscar o prazer, e muitas das vezes, evitar sensações desagradáveis, que são causadas pela abstinência. Tal distinção é extremamente relevante em relação à aplicação de penalidades previstas na legislação brasileira, conforme é possível verificar:

Art. 28 da Lei nº 11.343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo.

(BRASIL, 2006).

Em se tratando de usuário, todas as alternativas determinadas em lei podem ser eficazes, partindo da ideia de que o mesmo tem controle e utiliza de forma esporádica, reduzindo assim a “reincidência”. Ora, a lei não traz uma distinção clara entre usuários e dependentes. Neste caso, é crucial uma análise prudente, racional e eficaz em relação ao dependente, sendo necessária a intervenção terapêutica. Todavia, conforme diploma legal do art. 45 da Lei nº 11.343/2006, tem-se que:

Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 2006).

Pode-se observar nessa pesquisa que uma metodologia adequada de tratamento seria uma válvula de escape para o usuário/dependente. O problema é iminente e deve ser tratado com tamanha responsabilidade pela sociedade e pelo Estado brasileiro.

3. O uso de drogas pela lei nº 11.343 de 2006

3.1 Descriminalização ou despenalização do artigo 28 da lei nº 11.343 de 2006

A despenalização do uso de drogas é um assunto bastante debatido entre os doutrinadores e os julgadores. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci, tem-se que:

O crime de porte de drogas para consumo pessoal (atual art. 28) tem o perfil evidente favorável, em comparação com o delito anteriormente previsto no art. 16 da Lei nº 6.368/76. Não há mais pena privativa de liberdade nesse contexto. Portanto entrando em vigor a nova lei, todos os condenados com base no art. 16, que estejam eventualmente presos, devem ser imediatamente libertados, substituindo-se a pena privativa de liberdade pelas novas punições previstas no art. 28 da Lei nº 11.343/06. (NUCCI, 2015, p. 757).

Já Luiz Flávio Gomes, pelo fato de o uso não acarretar a penas privativas de liberdade, acredita-se que:

Houve descriminalização penal (*abolitio criminis*), porém, sem a concomitante legalização. O art. 16 foi descriminalizado, mas a posse de droga não foi legalizada [...] a posse de drogas para consumo pessoal não está mais sujeita à pena de prisão [...] será sancionada com penas alternativas, [...] não há que se falar em “crime” ou em “contravenção penal” (por força do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal [...]). O art. 28, [...] contempla uma infração sui generis (uma terceira categoria, que não se confunde nem com o crime nem com a contravenção penal). (GOMES, 2006, p. 118-119).

De igual lado, Paulo Pimenta, deputado do Rio Grande do Sul, foi um importante relator na Câmara dos Deputados no que tange à Lei nº 11.343/2006. O deputado trouxe inúmeras contribuições em relação ao uso de drogas no Projeto de Lei nº 7.134 de 2002:

[...] com relação ao crime de uso de drogas, a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para o usuário dependente. Conforme vem sendo cientificamente apontado, a prisão dos usuários e dependentes não traz benefícios à sociedade, pois, por um lado, os impede de receber a atenção necessária, inclusive com tratamento eficaz e, por outro, faz com que passem a conviver com agentes de crimes muito mais graves. Ressalvamos que não estamos, de forma alguma, descriminalizando a conduta do usuário - o Brasil é, inclusive, signatário de convenções internacionais que proíbem a eliminação desse delito. O que fazemos é apenas modificar os tipos de penas a serem aplicadas ao usuário, excluindo a privação da liberdade, como pena principal.”
(PIMENTA, 2002, p. 8)

Ainda assim, é possível observar um grande conflito de ideias em relação à despenalização do uso de drogas. De acordo com o artigo 63 do Código Penal, tem-se o seguinte:

Art. 63 Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em (BRASIL, 1984)

Já o artigo 7º da Lei de Contravenção Penal adverte que:

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.
(BRASIL, 1941)

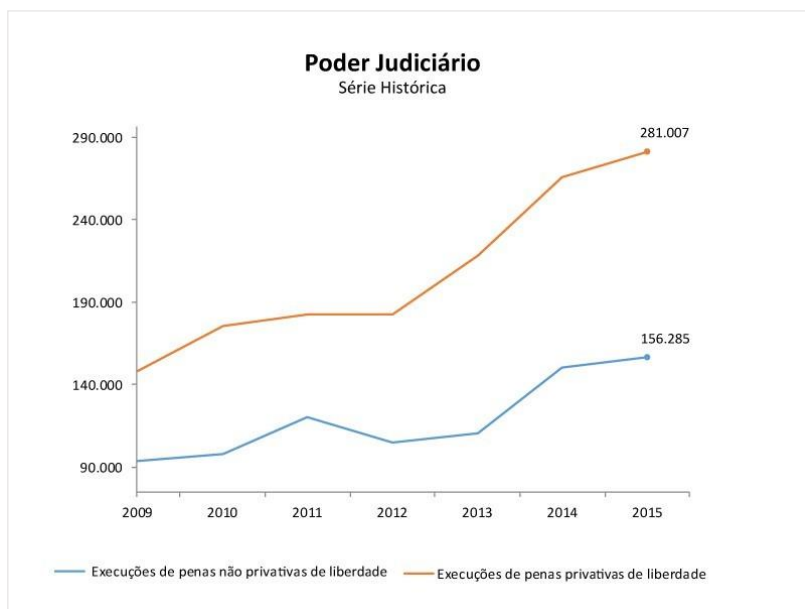
Sobre esse tema não há um consenso claro, pois seguindo as orientações jurisprudenciais e decisões dos nossos tribunais, observa-se

que cada vez mais os relatores vêm votando em favor da não consideração de reincidência do artigo 28 da lei de drogas, afirmando, contudo, a despenalização no caso.

3.2 O consumo e as penas alternativas em relação ao usuário

Antes da edição da lei antidrogas, era muito frequente a utilização de penas privativas de liberdade, causando assim a sobrecarga processual do judiciário, e conseqüentemente, a superlotação do sistema carcerário. De maneira ilustrativa, o gráfico abaixo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) esclarece que:

Gráfico 1: Poder Judiciário, Série Histórica.



Fonte: CNJ, 2017.

O gráfico é de clareza espacial e traduz as execuções de penas não privativas de liberdade e execuções de penas privativas de liberdade no Brasil. A legislação encontrou uma saída para o uso de drogas no Brasil,

utilizando-se no caso de crimes na lei de drogas, as penas alternativas. No caso específico, uma pergunta remanesce: as penas alternativas seriam a única solução possível para o caso do uso de drogas no Brasil? Acredita-se que há mais soluções possíveis no caso, e não apenas a aplicação de penas alternativas. Na íntegra, prevê o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 que:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento à programa ou curso educativo. (BRASIL, 2006).

Com a edição da lei o legislador possibilitou a educação acerca dos efeitos das drogas. No mesmo artigo é previsto também em seus §§ 3º e 4º o seguinte:

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. (BRASIL, 2006).

Nesses parágrafos, pode-se observar que tal prática vem se tornando ineficaz em relação ao objetivo da lei, que na prática seria coibir a circulação, disseminação, bem como, a criminalidade em sua volta, cabendo destacar o entendimento de Fernando Capez:

Proíbe a incriminação de atitude meramente interna do agente e que por essa razão, só faz mal a ele mesmo e a mais ninguém. Sem que a conduta transcenda a figura do autor e se torne capaz de ferir o interesse do outro (altero), é impossível ao Direito Penal pretender puni-la. O princípio da alteridade impede o Direito Penal de castigar o comportamento de alguém que

está prejudicando apenas a sua saúde e interesse. Com efeito, o bem jurídico tutelado pela norma é sempre o interesse de terceiros, de forma que seria inconcebível, por exemplo, punir-se um suicida malsucedido ou um fanático que se açoita. É por isso que a autolesão não é crime, salvo quando houver intenção de prejudicar terceiros, como na auto agressão cometida com o fim de fraude ao seguro, em que a instituição seguradora a será vítima de estelionato (art. 171, § 2, V do CP). No delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, poder-se-ia alegar ofensa a esse princípio, pois quem usa droga só está fazendo mal à própria saúde, o que não justificaria uma intromissão repressiva do Estado (os usuários costumam dizer: “se eu uso droga, ninguém tem nada a ver com isso, pois o único prejudicado sou eu”). Tal argumento não convence. A lei em estudo não tipifica a ação de “usar a droga”, mas apenas o porte, pois o que a lei visa é coibir o perigo social representado pela detenção, evitando facilitar a circulação da droga pela sociedade, ainda que a finalidade do sujeito seja apenas a de consumo pessoal. Assim, existe transcendentalidade na conduta e perigo para a saúde da coletividade, bem jurídico tutelado pela norma do art. 28. (CAPEZ, 2008, p. 755).

Pelo que é possível observa, o usuário/dependente na maioria das vezes não deixa de usar drogas simplesmente por que tem de cumprir uma pena alternativa (a exemplo: uma palestra ou um curso educativo). É preciso enaltecer que usuário/dependente, na maior parte dos casos, necessita de um tratamento. Segundo orientações do § 7º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, tem-se que:

Art. 28 [...] § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. (BRASIL, 2006)

Em suma, esse parágrafo acima é pouco difundido entre os usuários/dependentes, apresentando-se como uma ótima alternativa para o tratamento, e conseqüentemente, tornando mais eficaz as penas alternativas a serem utilizadas.

3.3 A reincidência em relação ao uso de drogas,

Em nosso estudo em relação a reincidência, cabe destacar primordialmente o que o Enunciado Criminal 126 do XXXVII Encontro - Florianópolis/SC alude “A condenação por infração ao artigo 28 da Lei 11.343/06 não enseja registro para efeitos de antecedentes criminais e reincidência” (FLORIANÓPOLIS, 2015). Portanto, para fins de antecedentes criminais, o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 não terá implicação. Contudo, deve-se observar a reincidência sobre o mesmo delito, que em caso seria o uso de drogas.

É relevante frisar que os dependentes químicos por não terem controle, não terem tratamento necessário, sempre continuarão a buscar as drogas (há de se ressaltar a premissa do ciclo vicioso). Em uma pesquisa da Organização Mundial da Saúde, que entrevistou 244 mil adolescentes brasileiros, chegou-se à conclusão que “[...] 78% aspiraram o pó, 5% fumaram derivados e 17% usaram as duas formas. Além disso, 27% fizeram uso diário ou superior a duas vezes por semana, e 14% admitiram já ter injetado a droga na veia em alguma ocasião” (G1 BRASIL, 2012). Sendo assim, 27% é considerado um número muito expressivo para se considerar o uso diário ou superior a 2 (duas) vezes por semana.

4 Proposta de intervenção no artigo 28 da lei nº 11.343 de 2006

4.1 Estudos referentes à apresentação de tratamento especializado conforme parágrafo sétimo do artigo 28 da Lei nº 11.343 de 2006

De certo, ficou claro na alteração da lei antidrogas que no “§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado” (Redação dada pela Lei nº

11.343 de 2006). De acordo com Renato Marcão, em seu livro *Tóxicos*, o mesmo discorre acerca do seguinte:

Nos termos da disposição legal, caberá ao juiz, diante de cada caso (caso concreto), determinar ao Poder Público, na área da saúde pública, que disponibilize vaga para o tratamento de determinado infrator. A vaga deve destinar-se preferencialmente a tratamento ambulatorial, não ficando excluída a possibilidade de tratamento em regime de internação, conforme o caso recomendar. A determinação deverá ser feita na própria sentença que homologar a transação penal ou que condenar o infrator. A regra é impositiva para o juiz, à medida que a lei diz que o juiz determinará ao Poder Público [...] Não se trata, portanto, de mera faculdade conferida ao magistrado. Somente o dependente é que está sujeito ao tratamento; o usuário e o experimentador não. A medida atende aos ideais da política de redução de danos. Não se trata de pena a que se vê obrigado o infrator-dependente. As penas previstas são aquelas dos incisos I, II e III do caput do art. 28. Não existem outras possíveis para as condutas tipificadas no art. 28 (caput e § 10). Estabelecida a disponibilização e atendida a determinação, poderá o infrator submeter-se ou não ao tratamento (ambulatorial, preferencialmente, ou em regime de internação), por opção sua, sem que a recusa implique a imposição de qualquer outra medida ou sanção. Para o juiz a determinação ao Poder Público é obrigatória diante da necessidade evidenciada no caso concreto, à luz do acima exposto. Para o infrator o tratamento é gratuito e facultativo. (MARCÃO, 2016, p. 67).

Nesse sentido, pode-se visualizar claramente a necessidade de distinção entre usuários e dependentes, pois somente assim o tratamento pode ser devidamente aplicado.

4.2 Justiça terapêutica

O uso constante de drogas no Brasil vem se tornando uma triste realidade, e autores vêm se posicionando referente à justiça terapêutica, onde sua nomenclatura está relacionada mais ao tratamento. Bravo afirma

que “[...] Justiça Terapêutica é um modelo penal no qual o consumidor de drogas ilegais escolhe entre receber a pena ou fazer um tratamento de saúde.” (BRAVO, 2002). André Luís Pontarolli defende que:

A condição de que o infrator-usuário se submeta a determinada medida terapêutica, como o tratamento, parece ser extremamente pertinente, senão necessária, pois confere maior efetividade a aplicação da pena alternativa ou do substitutivo penal, pois o criminoso, envolvido com as drogas, precisa resolver este problema para que, abandonando o vício abandone a criminalidade. (PONTAROLLI, 2013, p. 2022).

Tal programa visa desmembrar a ligação entre a droga e o crime, pois seria em tese um grande fator para o aumento da criminalidade no país. Na mesma linha de raciocínio, busca-se também atuar na diminuição do uso de drogas e como resultado a redução da violência e criminalidade. O coordenador de Justiça Terapêutica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Marcos Kac, afirma que “a Justiça Terapêutica funciona como uma justiça não adversativa e mostra aos usuários de drogas que existe uma face humana no sistema judicial que trabalha não com a ideia de crime e castigo e sim com a possibilidade de prevenção e tratamento.” (GAZETA ONLINE, 2011). Indubitavelmente, afastando a dependência química o infrator poderá com esse tratamento obter uma recuperação pessoal, e consequentemente social, podendo assim entender os malefícios que a droga pode lhe causar.

4.3 A diminuição dos usuários e em seqüência dos dependentes químicos

O tratamento para dependentes está previsto na Lei nº 10.216/2001, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

A matéria especial sobre o tema na “Revista em Discussão” já sinalizava o seguinte:

Os médicos criticam ainda a política de internar doentes mentais, entre eles os dependentes químicos, em leitos dos hospitais gerais. Além de onerosa, a permanência de dependentes químicos junto com outros doentes pode colocar a equipe médica e demais pacientes em risco, por conta da natureza dessas doenças. (EM DISCUSSÃO, 2011).

Mesmo com o passar dos anos, ainda não tivemos nenhum avanço em relação ao tratamento de dependentes, e tal posicionamento seria perfeito no contexto atual, visto que quando se cura um dependente se diminui a criminalidade. Todavia, observando o seguinte esquema abaixo, é possível resolver o grande problema que aflige a sociedade:

Diminuição de Usuários = Diminuição de dependentes = Diminuição da criminalidade

Certamente, com soluções aparentes aos diversos problemas socialmente colocados, será possível o tratamento do usuário de drogas, e como consequência, se diminuirá a criminalidade no Brasil. Essa teoria ainda deve ser testada e apresentada em dados concretos para sua total verificação, pois não se pode apenas qualificar os dados, é preciso também quantificar para se chegar aos resultados satisfatoriamente esperados.

4.4 Os efeitos do uso de drogas na sociedade e a diminuição da criminalidade

O uso de drogas é um pesadelo para a sociedade em relação à criminalidade. Com o aumento de usuários/dependentes, as organizações criminosas voltadas para o tráfico buscam aumentar também sua capacidade, tornando assim um ciclo vicioso sem fim. Para tanto, nesse meio, como exemplo, é importante citar os menores de idade que já

começam desde cedo no esquema do tráfico, principalmente como “aviões do tráfico”, deixando para traz a infância e sonhos de um futuro melhor. Por outro lado, os usuários/dependentes buscam em pequenos roubos e furtos o valor monetário para se manterem no vício. Fernanda Alves, em uma matéria para o site Estadão, afirma que:

Uma pessoa que rouba 10 reais, 15 reais, para comprar cocaína, por exemplo, não está em sã consciência. Não tem a menor ideia dos danos que pode causar para ela e para a sociedade. Ela quer apenas ‘se salvar’ daquele desespero. (FERNANDA, 2017).

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU):

[...] proporção da população brasileira que consome cocaína cresceu de 0,4%, em 2001, para 0,7%, em 2005 - o que corresponde a 860 mil pessoas de 15 a 64 anos. Os estados do Sul e Sudeste são os que concentram maiores índices de consumidores. (G1 BRASIL, 2011).

Desse modo, é de se asseverar o seguinte: que o consumo de drogas movimentada a criminalidade, isso é uma certeza, e relacionado as drogas, temos a prática de outros crimes, tais como a compra de armas ilícitas, a lavagem de dinheiro e etc. Conclui-se, pois, que utilizando-se de tratamentos adequados para os usuários e dependentes, teremos grande chance de diminuir a criminalidade e seus efeitos na sociedade.

5. Considerações finais

O presente estudo demonstra a ligação direta entre o uso de drogas e a criminalidade, reiterando a importância da diferenciação entre dependentes e usuários para aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Para isso, foi feito um breve estudo com relação ao histórico da criminalização de substâncias que possuem diversos efeitos. Nesse

sentido, foi possível verificar a criminalização de acordo com a posição política do momento. De tal sorte, estabeleceu-se uma análise sobre a criação da “lei antidrogas”, a diferenciação entre usuários e traficantes, e a despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Para a diferenciação, observou-se criteriosamente as considerações referente à quantidade, situação e natureza da substância apreendida.

Em sendo assim, a subjetivação e abstração trazidas pelo legislador são evidentes em relação à despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. De tal modo, verificou-se a diferença entre usuários e dependentes, e os efeitos do tratamento para uma maior efetividade da aplicação da lei em cada caso concreto. Da mesma forma, a realização da justiça terapêutica apresenta-se como um benefício para o ordenamento jurídico no tratamento de usuários e dependentes, além de ser uma diretriz para a diminuição da criminalidade no Brasil.

Não se pode esquecer que deve prevalecer a decisão do Supremo Tribunal Federal, ao qual tratou que a natureza jurídica do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 trata-se de uma despenalização entendida como exclusão para o tipo, das penas privativas de liberdade, e que não houve descriminalização. Em outras palavras, não havendo a descriminalização, a despenalização torna-se evidente, assim como aponta Vladimir Brega Filho e Marcelo Gonçalves Saliba, que a nova lei de tóxicos manteve o crime no artigo 28 da lei de drogas. Inclusive, não se pode falar em descriminalização, porém, seu caráter despenalizador é indiscutível. A nova figura aboliu as penas privativas de liberdade e pecuniária ou inominada, perda de bens e valores e interdição temporária de direitos. [...] o caráter ilícito da conduta descrita no art. 28 é inegável e igualmente inegável a substituição da sanção penal. (FILHO; SALIBA, 2007, p. 07).

Em resumo, o desenvolvimento da pesquisa sinalizou que para a concretização do crime inserto no artigo 28 da lei mencionada, é

necessário que as condutas descritas no tipo penal violem disposições legais ou regulamentares expedidas pelo Poder Público. Como resultado, para a caracterização da natureza jurídica do artigo 28 da Lei 11.343/06 é necessário entender como surgiram as questões jurídicas envolvendo drogas e como se originaram as leis que normatizaram o assunto ao longo da história.

Referências

ALLONI, Rafael. **Quantos gramas fazem um traficante?** Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/quantos-gramas-fazem-um-traficante>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

ALVES, Fernanda. **Ele roubou porque necessitava de droga merece ser condenado?** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/ele-roubou-porque-necessitava-de-droga-merece-ser-condenado/>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti. **Díficeis Ganhos Fáceis: Drogas e a juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BRAVO, O. A. **Tribunales Terapéuticos: vigilar, castigar yo curar**. Psicologia & Sociedade, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Legislação Especial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Importação de pequena quantidade de sementes de maconha pode ser atípica**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2018/02/01/stj-importacao-de-pequena-quantidade-de-sementes-de-maconha-pode-ser-atipica/>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

CNJ. **Juízes de 10 Estados priorizam penas alternativas em relação à prisão.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/juizes-de-10-estados-priorizam-penas-alternativas-em-relacao-a-prisao/>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

EM DISCUSSÃO. **Críticas ao local e à duração da internação por dependência química.** Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/noticias/Jornal/emdiscussao/dependencia-quim.aspx>>. Acesso em: 13 mar. 2021.

FILHO, Vladimir Brega; SALIBA, Marcelo Gonçalves. **A nova Lei de tóxicos:** usuários e dependentes (descriminalização, transação penal e retroatividade benéfica). Revista Magister de Direito Penal e Processual Pena, nº 16, 2007.

FLORIANÓPOLIS. **XXXVII Fonaje, Enunciado 126.** Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/36589/Enunciados+Criminais+do+X+XXXVII+FONAJE.pdf/3849c7da-292f-4c49-becf-18fa87956abc>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

GAZETA ONLINE. Palestra leva debate sobre a prevenção e o tratamento do uso do crack para Cachoeiro. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/_conteudo/2011/12/noticias/especiais/crack/2011/1052006-palestra-leva-debate-sobre-a-prevencao-e-o-tratamento-do-uso-do-crack-para-cachoeiro.html>. Acesso em: 15 mar. 2021

GOMES, Luiz Flávio (coord.) **Nova Lei de Drogas Comentada.** São Paulo: Saraiva, 2006.

G1. **Consumo de drogas no Brasil aumentou, diz ONU.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/o,,MUL58880-5598,00.html>>. Acesso em: 01 abril 2021.

G1 BRASIL. **O segundo maior consumidor de cocaína e derivados diz estudo.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2012/09/brasil-e-o-segundo-maior-consumidor-de-cocaina-e-derivados-diz-estudo.html>>. Acesso em: 01 abril 2021.

JESUS, Maria Gorete Marques de. **Prisão Provisória e Lei de Drogas**: Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza de. **Manual de Direito Penal**. 10 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da pena**. Imprensa. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Nova Lei de Drogas. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, Manoel Valente Figueiredo; SOUSA, Rutheener de Carvalho; ROSA, Lúcia Cristina dos Santos. **As drogas e a situação do usuário/dependente**: a égide da lei nº 11.343/2006. Disponível em: <http://www.ambito-jurídico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5995>. Acesso em: 13 nov. 2020.

PIMENTA, Paulo. **Projeto de lei Nº 7.134 de 2002**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=197242>. Acesso em 15 abr. 2021.

PONTAROLLI, André Luís. **A Aplicabilidade da Justiça Terapêutica no Brasil**. 2013.

SILVA, José Geraldo da. **Comentários à Nova Lei sobre drogas**: Lei n. 11.343/06. José Geraldo da Silva e Edemur Ercílio Luchiarí - Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

SILVA, Ricardo de Oliveira. **Justiça Terapêutica**: Um programa judicial de redução do dano social. Disponível em: <<http://www.abjt.org.br/index.php?id=99&n=158>>. Acesso em: 05 jan. 2021

SIQUEIRA, Domiciano J. R. **Mal(dito) cidadão**: numa sociedade com drogas. São Caetano do Sul: King, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo. **Elite da tropa**. Luiz Eduardo Soares, Rodrigo Pimentel, André Batista. Rio de Janeiro: Objetiva, 2006.

SOUSA, R. S. As **Convenções Internacionais Antidrogas**: o nascimento dos discursos hegemônicos sobre as drogas, da tese de doutorado de Rosinaldo Silva de Sousa (2006), “Os Cocaleiros do Chapare: coca, cocaína e políticas internacionais antidrogas na Bolívia”. Tese (Doutorado em Antropologia Social) - Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília (UNB). Instituto de Ciências Sociais. Departamento de Antropologia, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Capítulo 6

Inquérito policial: a aplicabilidade do princípio da insignificância pelo delegado de polícia

Clara Luiza Freitas Fernandes de Aquino

Manuelle Magalhães Lopes

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

Preliminarmente, é importante mencionar que o ordenamento jurídico escolheu o Direito Penal para ser utilizado como *ultima ratio*, ou seja, a lei penal será utilizada como último recurso quando houver extrema necessidade em resoluções de casos concretos que afetam significativamente um bem jurídico. Diante da necessidade de afastar da seara penal, condutas que apesar de estarem tipificadas, precisam de tipicidade material, uma vez que a conduta em si não acarreta prejuízos relevantes ao bem jurídico tutelado, criou-se o princípio da insignificância ou Bagatela, o qual visa relativizar a aplicação das sanções penais nos casos concretos em que a conduta praticada pelo agente seja inofensivo ao bem jurídico protegido, de modo que não se justifica a repressão, tornando o delito consequentemente atípico. (TOLEDO, 1994).

Este princípio não possui o objetivo de beneficiar o infrator, mas sim evitar encher os tribunais, delegacias, defensoria pública, sistemas prisionais e outros órgãos envolvidos, com processos insignificantes, o que gera também uma economia processual, tendo em vista que com a aplicação do princípio em tela, os custos processuais serão minimizados, além de otimizar o tempo dos servidores para que estes se ocupem com procedimentos que realmente trazem dano ao bem jurídico tutelado, de modo que as autoridades tragam uma resposta eficaz e em tempo hábil a

sociedade, a qual convive com a sensação de impunidade. (BITENCOURT, 2012).

Insta salientar que o Princípio da Insignificância não trata sobre o cunho econômico do bem jurídico ofendido, nem de seu valor financeiro, mas sim o prejuízo provocado à comunidade, ou seja, como o delito afeta a sociedade, sendo ponderada a proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a intervenção estatal. (BITENCOURT, 2003)

Atualmente, o princípio em epígrafe tem sido utilizado com mais frequência no âmbito penal pelos magistrados, uma vez que a insignificância mediante os critérios bem definidos é um instrumento importante para regular e permitir ao juiz a aplicação das penas com maior razoabilidade e justiça. (BITENCOURT, 2012)

Contudo, surge o questionamento quanto à possibilidade da aplicabilidade deste princípio pelo Delegado de Polícia em sede administrativa, na fase pré-processual, sendo este o objetivo a ser tratado no presente trabalho. Para tanto, fora realizada uma pesquisa jurisprudencial e doutrinária, acerca do tema, bem como a posição do nosso ordenamento jurídico sobre a legalidade da aplicação do princípio supracitado no atual contexto da atividade policial e judiciária, no âmbito do processo penal.

Ressalta-se que o Delegado de Polícia possui a função de investigar e reprimir a criminalidade, lidando com o atendimento ao público que procura a delegacia, portanto, o delegado é a autoridade que se depara inicialmente com a figura supostamente delituosa, sendo este o receptor do caso concreto, o qual exerce a função de garantidor e aplicador de direitos. (BRUTTI, 2006)

Nesta linha de raciocínio, serão apresentados os requisitos da aplicabilidade do princípio da insignificância ou bagatela segundo

entendimento de nossos tribunais superiores, evidenciando a necessidade da aplicação deste princípio pelo Delegado de Polícia, sendo abordado também, as funções e atribuições legais pertinentes ao seu cargo, conforme nossa legislação vigente, bem como os conceitos de autoridade policial e o poder de polícia, além de discorrer noções sobre inquérito policial e como ele é instaurado.

2. O princípio da insignificância no direito penal

2.1 Conceito e natureza jurídica

De acordo com o dicionário da língua portuguesa, a insignificância é entendida como falta de importância, tratando-se de coisa de pouco valor, cujos objetivos empreendidos não compensam os esforços despendidos. Acerca do conceito do princípio da insignificância no âmbito penal, este se representa com base nos atos insignificantes, uma vez que a conduta do agente não gera prejuízo, ou seja, não causa danos relevantes ao bem jurídico ofendido.

No entendimento de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 132) o princípio em epígrafe se revela por inteiro pela sua própria denominação, onde o direito penal, por sua natureza fragmentária, só deve ser acionado quando a lei penal for o último recurso que garanta a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas. Dessa forma, entende-se que direito penal não deve “preocupar-se” em punir determinadas condutas, as quais são incapazes de lesionar o bem tutelado (*minimis non curatpraetor*).

Sendo assim, a natureza jurídica do princípio da insignificância é a causa de excludente de tipicidade penal, ou seja, tal princípio visa afastar a tipicidade material do caso concreto, tornando-o atípico, possuindo uma atuação de cunho restritivo na norma penal.

Consoante a isso, a análise do delito tem importância primordial nesse juízo de valor, haja vista que a tipicidade material é um importante objeto para discriminar condutas que apesar de estarem tipificadas, não geram impacto social relevante, nem causam danos de significância elevada aos bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal.

2.2 Origem

A doutrina diverge quanto à origem do princípio da insignificância, contudo, diversos doutrinadores defendem a tese de que tal princípio se originou do Direito Romano, onde era determinado que o pretor (funcionário da Justiça na Roma Antiga) não deveria dar importância aos crimes de pouca relevância.

Passível de crítica, pelo fato do Direito Romano se consolidar no direito privado, conhecia-se pouco sobre a legalidade do direito penal. Após a Segunda Guerra Mundial, surgiram grandes dificuldades econômicas, consequentemente o aumento da criminalidade de bagatela, uma expressão utilizada pelos alemães. Assim, podemos verificar no século XX uma origem próxima deste princípio.

Em 1964, Claus Roxin alavancou a teoria deste princípio com a possibilidade de restringir o alcance da tipicidade. Partindo pelo crime de constrangimento ilegal, Claus Roxin, com suporte na fragmentariedade do direito penal, conseguiu defender a ampliação para afastar de outras ações que infringissem de forma irrelevante o bem jurídico tutelado.

2.3 As teorias que regem o princípio da insignificância

Conforme mencionado, o princípio da insignificância atua como excludente de tipicidade, sendo reconhecido amplamente pela doutrina, embora não possua expressa previsão legal, sua aplicação é pacífica nos

tribunais superiores. Acerca do tema, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt aborda sobre a tipicidade penal:

[...] A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que *Klaus Tiedemann* chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam a determinado tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. (BITENCOURT, 2012, p. 27).

Dessa forma, descarta-se a tipicidade penal por não haver uma lesão no bem jurídico protegido, sendo de relevo esclarecer que os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e os respectivos parâmetros de escolha dos mesmos, são de estrita função do Poder Legislativo, não estando ao alcance dos aplicadores e garantidores do direito tal atribuição.

Em síntese, o princípio da insignificância se evidencia para evitar o uso desnecessário da esfera penal quando determinadas ações não lesionam de forma relevante a nossa sociedade e seus bens, possuindo uma ligação direta com o princípio da intervenção mínima, sendo que a aplicabilidade de ambos se solidifica na ideia de que o direito penal só será acionado, em último caso, nas hipóteses em que os demais ramos do direito não forem capazes de abarcar tal conflito ou realizar a devida proteção do bem jurídico. Acerca da forma subsidiária do Direito Penal, Cezar Roberto Bitencourt constatou:

[...] O princípio da intervenção mínima, também conhecida como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se

suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Assim, se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade. (BITENCOURT, 2012, p. 98).

Sendo assim, analisando o exposto, temos a reafirmação do Direito Penal como último recurso a ser utilizado em nosso ordenamento jurídico, apenas empregado com a falha total dos demais ramos do direito. Por fim, salienta-se que o princípio da insignificância, utilizado como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, é aplicado constantemente pela jurisprudência pátria, bem como pela doutrina, a fim de eliminar do âmbito penal condutas que não ocasionam lesões ou danos significativos ao bem jurídico tutelado, tornando-os atípicos uma vez que o princípio supracitado exclui a tipicidade material do delito, conforme as particularidades do fato concreto, desde que preenchidos todos os requisitos de aplicabilidade do mesmo, os quais serão evidenciados a seguir.

3 Requisitos para aplicabilidade do princípio da insignificância segundo o supremo tribunal federal

O princípio da insignificância tem como objetivo reduzir ao máximo o campo de atuação do Direito Penal e para usá-lo adequadamente, o Supremo Tribunal Federal elencou quatro requisitos para sua aplicabilidade, sendo eles:

- A mínima ofensividade da conduta do agente, onde o mesmo não é capaz de ofender a integridade física ou moral da vítima e/ou sociedade.

- Nenhuma periculosidade social da ação, sendo que está entrelaçada com o requisito anterior, afinal, se a conduta não trazer perigo ao bem jurídico tutelado, também não haverá os dois próximos requisitos a serem citados, causando um efeito dominó.
- O reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, ou seja, a sociedade não repugna de forma relevante a conduta do autor.
- A inexpressividade da lesão jurídica provocada, na qual deve ser inexpressivo o suficiente a lesão ou perigo para não causar prejuízos à vítima e/ou a sociedade.

Notadamente, é possível citar sua aplicação no ano de 2004, onde o Ministro Celso de Melo cedeu uma liminar em pedido de Habeas Corpus de nº 84412, impetrado no Supremo Tribunal Federal (STF), onde o Autor teria sido condenado pelo crime de furto, onde o objeto subtraído possuía o valor de R\$ 25,00 (vinte e cinco reais) e este mesmo objeto foi recuperado, não havendo nenhum prejuízo a vítima.

Nesta ocasião, o Ministro Celso de Melo abordou os requisitos necessários para a aplicação do princípio, baseando-se na sua abordagem teórica, o reconhecimento do direito penal, em função dos próprios objetivos visados, e o uso da intervenção mínima do Estado. Para o Ministro Celso de Melo, quando a proteção das pessoas, da sociedade e os bens jurídicos essenciais forem expostos ao dano, efetivo ou potencial, tomado de significativa lesividade, é que se deve ser aplicado penas privativas de liberdade ou restritivas de direito. Reconhecendo assim a procedência da liminar e suspendendo a condenação do paciente do *Habeas Corpus* supracitado.

4 Capacidade jurídica da autoridade policial na aplicação do princípio da insignificância

4.1 Polícia Judiciária

A Polícia Judiciária, assim como os demais órgãos de segurança do Estado, executam atividades para manutenção da paz e da ordem pública, visando preservar vidas, patrimônios e demais bens jurídicos. No entanto, sua principal atribuição decorre do ato de investigar infrações penais civis, como materialidade e autoria de delitos, auxiliando também o Poder Judiciário, através da realização de diligências que se fazem pertinentes.

O artigo 4º, caput, do Código de Processo Penal, dispõe as funções empreendidas pela polícia judiciária, determinado que, “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”. Ademais, nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, dispõe sobre a Segurança Pública, elencando os órgãos responsáveis pela manutenção da ordem pública, são eles:

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:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1990).

Consoante a isso, em seu parágrafo 4º, do mesmo artigo, discorre sobre as Polícias Civis:

[...] § 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. (BRASIL, 1990).

Conforme se observa, a Constituição Federal de 1988 determina taxativamente as atribuições das Polícias Civis, as quais são chefiadas pelo Delegado de Polícia, objetivando reprimir a criminalidade, sendo este trabalho realizado diretamente em ações conjuntas com o Poder Judiciário, assim como o Ministério Público e outras autoridades. Sendo assim, desempenha seu poder de polícia no âmbito policial operacional e administrativo dentro de sua instituição e em conjunto com as demais polícias e órgãos públicos.

4.2 Autoridade Policial

Com relação à expressão da autoridade policial, consoante ao exposto nos artigos supracitados no tópico anterior, a Constituição Federal de 1988 determina que as polícias civis devam ser dirigidas por delegados de polícia de carreira, tratando-se certamente de um servidor público devidamente graduado e qualificado para tal cargo, aprovado, nomeado e empossado por meio de um concurso público. Assim como, o aludido no artigo 4º do Código de Processo Penal, onde é conferido ao Delegado de Polícia o status de Autoridade Policial.

É sabido que uma das exigências para ocupar tal cargo baseia-se em ser bacharel em direito. Após aprovado no certame, o servidor irá adquirir sua formação profissional que será realizada na academia de polícia de seu Estado. Logo, o Delegado de Polícia possui conhecimento e capacidade técnica para tipificar um ato delituoso, e conseqüentemente, realizar as atribuições inerentes ao cargo, como por exemplo, a realização de representações perante o magistrado.

A carreira de tais servidores é específica, podendo estes pertencer a Polícia Civil ou a Polícia Federal, conforme concurso realizado. Salienta-se que suas atribuições serão distintas, estando de acordo com a corporação na qual servem, sendo que a Polícia Civil irá apurar crimes de âmbito estadual, enquanto a Federal se responsabilizará pelos crimes ocorridos contra a União, contudo, ambas possuem a função de investigar e reprimir a criminalidade.

Após os mesmos serem designados para a unidade em que irão exercer suas funções, estes coordenam e comandam as delegacias policiais, bem como os respectivos servidores que ali estejam lotados, além de conduzirem as atividades de Polícia Judiciária, realizando as investigações criminais por meio da instauração do inquérito policial, o qual será abordado mais à frente.

Ressalta-se ainda, que além de suas atividades investigativas, os Delegados de Polícia também exercem atividades administrativas, como por exemplo, a expedição de documentos a cidadãos como antecedentes criminais, ou carteira de identidade no caso da polícia civil e passaporte na polícia federal. Observa-se que no Código de Processo Penal há diversas passagens que remetem a expressão “autoridade policial” ao Delegado de Polícia:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. (BRASIL, 2020, p. 461, 462 e 464).

Denota-se que tais atribuições referidas nos artigos aludidos são exercidas pelo Delegado de Polícia, através das atividades investigativas e policiais. Menciona-se ainda, o texto do artigo 6º do Código de Processo Penal, a qual discorre algumas das atribuições incumbidas ao Delegado de Polícia:

Art. 6º: Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter. (BRASIL, 2020, p. 442).

Consoante a isto, fica evidente a importância do exercício da profissão em questão em nossa sociedade, onde se pode constatar que o Delegado de Polícia é o receptor do ato delituoso, exercendo seu papel de operador e garantidor de direitos. Ademais, corroborando ainda com a afirmação de

que o delegado atua auxiliando também o Poder Judiciário, menciona-se o disposto no artigo 13 do Código de Processo Penal:

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;
- IV – representar acerca da prisão preventiva. (BRASIL, 2020, p. 443).

Restam evidente que muitas são as atribuições do Delegado de Polícia, sendo que tal profissional possui total capacidade para agir dentro de seu poder de discricionariedade, para tomar decisões relativas à aplicação de direitos, além de contribuir para a garantia da justiça, prestando auxílio ao Poder Judiciário.

4.3 Poder de Polícia

O Poder de Polícia engloba todo um ciclo de atuação, com o intuito de agregar valores e atitudes, a fim de buscar a manutenção da ordem social e também um bom relacionamento com a sociedade, evitando divergências e confrontos. Segundo Maria da Sylvania Zanella de Pietro (DI PIETRO, 2001, p. 110), podemos dizer que o Poder de Polícia é a atividade do Estado para impor condições de utilização e gozo dos seus bens e atividades, direitos e garantias em benefício do direito público. Segundo o Doutrinador Reis Friede, também trata sobre o assunto:

[...] Poder de Polícia pode ser entendido como o conjunto de restrições e condicionantes a direitos individuais em prol do interesse público prevalente. Traduz-se, portanto, no conjunto de atribuições outorgadas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse social, determinados direitos e liberdades individuais (FRIEDE, 1999, p. 109).

O Artigo 78, da Lei nº 5.172/66 (Código Tributário Nacional), traz também o conceito do Poder de Polícia:

Art. 78. **Considera-se poder de polícia** atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966).

Parágrafo único. **Considera-se regular o exercício do poder de polícia** quando desempenhado pelo órgão competente **nos limites da lei aplicável**, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 2020, p.600).

Denota-se, pois, que a função do Estado é impor limites de atuação e intervir nos excessos dos mesmos, no qual o direito individual não venha ferir o coletivo, trazendo os direitos e garantias elencados na Constituição Federal de 1988 e uma convivência harmoniosa da sociedade. O controle dos direitos para que não interfira no direito da coletividade começa pelo Legislativo, produzindo leis que possam proteger os direitos coletivos, interferindo nas condições de atuação do particular, e da Administração Pública para a adequação do desempenho dos direitos da coletividade, garantindo de forma ordenada o direito individual.

Com a presunção do princípio da legalidade, a Administração Pública fica impossibilitada de especificar limites ou obrigações que não sejam em virtude de lei, isto é, os limites e obrigações só podem ser impostos pelo poder de polícia caso estejam previamente previstos em lei.

No entanto, observa-se que os limites da atuação estatal não têm o objetivo de prejudicar os mesmos. A atividade de polícia só deve ser

aplicada onde houver ameaça real de dano ao interesse público, na necessidade de uma correlação entre o dano que deverá ser prevenido e o limite imposto sobre o direito individual, e a eficácia, onde a medida deverá ser imposta, precisará ser a mais indicada a evitar o dano à coletividade. São por esses motivos que a coação deve ser utilizada somente se não houver outra forma de atingir o resultado desejado.

4.4 Aplicação do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia

O objeto do presente artigo precede sobre a possibilidade da aplicação ou não do princípio da insignificância pelo Delegado de Polícia na fase pré-processual. Consoante a isto, nesse capítulo será abordado a competência da autoridade policial para tanto. Dentro da atual esfera policial, o Delegado de Polícia tem como suas atribuições, aplicar o princípio da insignificância com o objetivo de filtrar às condutas que são insignificantes na seara penal, utilizando também como base o princípio da proporcionalidade, intervenção mínima do estado, a falta de ofensividade ao bem jurídico tutelado, entre outros.

Como o Delegado de Polícia é o primeiro a ter ciência do fato punível, e diante de suas decisões discricionários, este deve verificar a materialidade e autoria de um crime, para não incorrer em erros ou abusos quando da aplicação da norma jurídica ao fato. Pode também o Delegado pedir ao Juiz o relaxamento da prisão em flagrante quando, ao analisar o caso concreto, concluir que não há fato típico, ilícito e culpável no caso concreto.

De acordo com a corrente doutrinária que acresce sobre o princípio da insignificância na esfera criminal, pode ocorrer o afastamento da conduta (comissiva ou omissiva) em havendo o reconhecimento da atipicidade material. O Delegado de Polícia deverá aplicar o princípio da

insignificância caso identifique uma infração em que possa encaixá-la, não ratificando a voz de prisão efetuada ao agente, baseando-se na escassez de tipicidade material, situação em que não apurará o fato com a realização do Inquérito Policial por não haver justificativa (justa causa) para dar seguimento a instauração de um procedimento criminal. Ao se analisar o que preceitua o artigo 304 do Código de Processo Penal, observa-se o seguinte:

Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§1º **Resultando das suspeitas contra respostas fundada** a o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja. (BRASIL, 2020, p. 462).

Temos então, de forma clara a aplicação do princípio pelo Delegado de Polícia de forma legal, quando identificado a falta de tipicidade material da ação supostamente delituosa. Assim, não havendo a suspeita fundamentada que o suposto autor do fato delituoso foi responsável pelo ato, o artigo deixa claro que o Delegado de Polícia pode ou não ratificar a prisão em flagrante.

Considerando que o Delegado é o primeiro operador e garantidor do direito, não caracteriza usurpação da função do Judiciário ou do Ministério Público. Contrariar a aplicabilidade do princípio da insignificância por ele em casos específicos que fique evidenciado a infração propriamente insignificante ao bem jurídico tutelado, é ser contrário à preservação de

um dos diversos direitos e princípios. O posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal afirma que o Delegado de Polícia tem o poder de retirar da seara penal fatos tipicamente formais, afirmando que: “[...] não é razoável que o Direito Penal e todo o aparelho do Estado-Polícia e do Estado-Juiz movimentem-se no sentido de atribuir relevância típica a um furto de pequena monta [...]” (*Habeas Corpus* nº 110.004).

No posicionamento do Ministro Celso de Melo, este afirma que as condições que elucidam fato delituoso que dão conta da sua fragilidade, pequenez e se apresentam de forma não habitual, não é plausível que se movimente todo o sistema estatal jurídico e policial. Deste modo, fica então facultada a autoridade policial, baseando-se em seu juízo de discricionariedade, a escolha do que lhe for mais conveniente, eficaz e eficiente nas situações de flagrante delito. Sendo assim, o Delegado de Polícia ao aplicar o princípio em epígrafe em situações atípicas materialmente, deixará de dar prosseguimento ao procedimento criminal, de forma fundamentada, trazendo economia processual e estatal.

Ressalta-se, contudo, que o objetivo da aplicação deste princípio não é de beneficiar o infrator, mas sim evitar a superlotação dos tribunais com processos criminais em que há lesão ínfima a bens jurídicos, com condutas socialmente irrelevantes, além de evitar punições desproporcionais ao agente com relação ao dano praticado em desfavor do bem jurídico tutelado.

Menciona-se ainda, os princípios da proporcionalidade, falta de lesividade ao bem jurídico tutelado, intervenção mínima, além dos demais parâmetros utilizados pelos nossos tribunais superiores para construir a certeza jurídica, de que o Delegado de Polícia tem no exercício das suas atribuições, como garantidor e operador do direito, a possibilidade de aplicar ou não o princípio da insignificância no Direito Penal.

5 Noções de inquérito policial

O inquérito policial é um procedimento fundamental investigativo da polícia judiciária, previsto no artigo 4º do Código de Processo Penal. É através dele que a autoridade policial reuni as provas pré-constituídas no caso em concreto, como indícios de autoria e materialidade delitiva, a fim de elucidar a existência e os elementos da infração penal, além de apurar a veracidade dos fatos. Tal procedimento é inquisitivo, prescindível e informativo, o qual materializa uma fase anterior ao processo penal propriamente dito, sendo que para o seu sucesso é necessário ser bem instrumentalizado.

Salienta-se, pois, que durante o processo investigativo, o sigilo das investigações é de suma importância para apuração do delito, sendo que nesta fase a autoridade policial procederá com todas as diligências cabíveis para elucidação do fato criminoso ocorrido, garantindo a eficácia do elemento surpresa para colheita de provas que auxiliarão no andamento e na conclusão das investigações criminais. Consoante a isso, menciona-se o aludido no artigo 20 do Código de Processo Penal:

Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes. (BRASIL, 2020, p. 443).

Conforme se observa, é assegurado o sigilo necessário durante a elaboração do inquérito policial para garantir a segurança do processo, de modo que os vestígios de autoria e materialidade delitiva possam ser devidamente colhidos, prevenindo a obstrução da Justiça.

Finalizada a investigação, o Delegado de Polícia procederá com seu relatório final, no qual irá constar todas as diligências realizadas, bem como o que se concluiu da apuração dos fatos. Sendo identificados os requisitos que configurem a atipicidade material no caso em tela, a autoridade policial deverá de forma sugestiva ao Ministério Público, concluir pela aplicação do princípio da insignificância.

Posteriormente, o inquérito policial será encaminhado para o Ministério Público que irá analisar o caso, e adotará alguma destas possibilidades: manifestar pela denúncia dos indiciados (quando houver); optar pelo pedido de mais investigações à Polícia Judiciária, podendo determinar diligências a serem cumpridas, ou, poderá arquivar o caso.

5.1 Notícia-crime

A notícia-crime é o momento em que se toma conhecimento do fato supostamente criminoso pela autoridade policial, esse conhecimento pode ser provocado ou não. Quando se toma conhecimento do fato de forma espontânea, significa que a autoridade policial tomou ciência do ocorrido diretamente, durante a prática de suas atribuições, sendo por informação de outro agente de sua equipe, por meios de comunicações e divulgações do local de serviço, ou por estar ligado diretamente.

Enquanto a de forma provocada, de acordo com o Código de Processo Penal, podem ser elencadas em requisição judicial, ato processual (podendo ser uma comunicação através da vítima ou de terceiro), ou demais casos que fazem parte do sistema processual penal. Como podemos observar no artigo 5º, do Código de Processo Penal, o autor ou seu representante legal é a pessoa ofendida pelo fato criminoso, bem como nos artigos 27, 39 e 40 informa que o receptor é a Autoridade Policial, o Ministério Público ou de maneira excepcional o juiz:

Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

II - mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

§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.

§ 40 O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado.

§ 50 Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la.

Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do **Ministério Público**, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, **feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial**.

Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao **Ministério Público** as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. (BRASIL, 2020, p. 442, 444 e 445).

Nos exatos termos do Código de Processo Penal, em uma ação penal pública incondicionada, qualquer pessoa do povo pode requerer a instauração de um procedimento criminal, devendo noticiar o suposto fato criminoso à autoridade policial, que dará início ao procedimento investigativo na intenção de se verificar a respeito da veracidade das informações e instaurar o Inquérito Policial se for o caso. Já na ação penal pública condicionada, somente tem a capacidade de ser autor da notícia crime, o autor ou seu representante legal, como está elencado também no Código Penal. Neste mesmo caso, a requisição do Ministério Público, que

são os crimes elencados no artigo 145, parágrafo único, do Código Penal e os crimes contra a honra do Presidente da República, a requisição da ação penal é facultativo ao Ministro da Justiça.

Por meio da portaria, a autoridade policial deverá instaurar o Inquérito Policial, conforme o artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal, após o recebimento da notícia crime. Através deste procedimento criminal, o Delegado de Polícia tem ciência do fato criminoso, por requisição do Ministério Público ou do Juiz. Caso o Ministério Público entenda que os documentos comprobatórios enviados pelo Juiz não sejam suficientes para oferecer a denúncia, requisitará a instauração do Inquérito por parte da autoridade policial, para que sejam preenchidas as lacunas para o oferecimento da denúncia.

O Inquérito Policial não deverá ser instaurado quando os elementos necessários para a realização da investigação forem inexistentes ou insuficientes, a punibilidade for extinta ou a ação configurar fato atípico. Tratando-se de ação penal privada, a instauração do Inquérito Policial ocorrerá somente por parte da vítima ou seu representante legal, ou, em caso de falecimento da vítima, o direito de oferecer queixa-crime ou prosseguir na ação penal passará para seus cônjuges (companheiros), ascendentes, descendentes ou irmãos, conforme preceitua o artigo 31, do Código de Processo Penal. No que concerne à queixa-crime, tem-se o seguinte:

Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, **decairá no direito de queixa** ou de representação, se não o exercer dentro do **prazo de seis meses**, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia. (BRASIL, 2020, p. 445).

Haverá extinção da punibilidade caso o ofendido ou seu representante legal não faça o requerimento dentro deste prazo, pois ocorrerá à decadência ao direito de queixa.

6 Da necessidade da aplicação do princípio da insignificância pelo delegado de polícia

O Delegado de Polícia, diante do flagrante, deve observar se os fatos narrados pelos envolvidos preenchem os requisitos anteriormente citados para aplicação do princípio da insignificância. Tendo em vista o poder discricionário que o mesmo possui, poderá imediatamente aplicar o referido princípio ao caso, dentro dos limites legais.

Considerando que o Ministério Público é responsável pelo controle externo da atividade policial, ao observar a possibilidade da aplicação dos requisitos elencados pelo Supremo Tribunal Federal para o emprego do princípio da insignificância, o mesmo deverá fazer um relatório circunstanciado dos fatos e encaminhar ao Poder Judiciário, bem como uma cópia ao Ministério Público.

Este princípio tem como objetivo a economia processual, visto que os custos processuais serão reduzidos, evitando a lotação de tribunais, Defensoria Pública, sistemas prisionais, entre outros órgãos, com processos “insignificantes”, bem como os servidores poderão se ocupar com procedimentos que de fato causaram danos relevantes ao bem jurídico tutelado. Além do mais, se o Magistrado ou Promotor possuírem entendimento contrário à aplicação deste princípio, poderão requerer a instauração de procedimento cabível ao Delegado de Polícia. De fato, torna-se importante observar aqui a decisão do Juiz de Direito Rafael Gonçalves de Paula, nos autos nº 124/03 - 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas/TO, onde tem-se um caso de furtos de melancias em que a autoridade policial poderia aplicar o princípio da insignificância:

Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagemenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o Sr. Promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Ghandi, o Direito Natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado Direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonogam milhões dos cofres públicos, o risco de se colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neo-liberais, o consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça nesse mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. (TJTO, Autos nº. 124/03, Rel. Juiz Rafael Gonçalves de Paula. Data da pub. 05/09/2003)

No caso em tela, se o Delegado de Polícia aplicasse o princípio da insignificância, este evitaria a mobilização do aparato policial para a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) que é encaminhado ao Poder Judiciário, onde inicia-se o processo criminal, a denúncia feita pelo Ministério Público, bem como a prisão dos indiciados,

deixando de gerar custos para o Estado pela conduta que é irrelevante para o Direito Penal.

Percebe-se, então, que há um prejuízo incalculável para o erário público, considerando ainda que os órgãos envolvidos se ocuparam com um procedimento criminal sem grande relevância, deixando de atuar em procedimentos que realmente interessam para a pretensão punitiva do Estado, que podem inclusive prescrever, devido ao volume de processos nos órgãos públicos.

7. Considerações finais

O princípio da insignificância vem sendo aplicado frequentemente na seara criminal, mesmo não possuindo previsão legal, haja vista que o mesmo determina que o Direito Penal não deva se preocupar com condutas irrelevantes, incapazes de lesionar o bem jurídico tutelado, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário.

O presente artigo abordou a definição do princípio em questão, bem como sua natureza jurídica e seus requisitos necessários para sua aplicação, além de discorrer sobre as atribuições e funcionamento da polícia judiciária. Sendo assim, através de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, restou evidenciado a importância e a necessidade da aplicabilidade do mesmo, sendo apresentadas justificativas e argumentações plausíveis que demonstram a legitimidade do Delegado de Polícia na utilização do princípio da insignificância.

De certa maneira, à luz do nosso Código Penal e Processual Penal, e consoante a nossa jurisprudência e normas legais, fora demonstrado que o Delegado de Polícia deve usar de sua discricionariedade, na análise de caso concreto, em situações específicas que não haja tipicidade material do delito, cabendo a este, como garantidor e operador de direitos, aplicar ou não o princípio da insignificância, desde que preenchidos todos

os requisitos necessários para aplicação do mesmo, além de ser devidamente fundamentada sua posição.

Ademais, ressalta-se que a aplicação de tal princípio na fase pré-processual corrobora para economia e celeridade processual, uma vez que este afasta condutas atípicas do Direito Penal, evitando a desnecessária movimentação do poder estatal, de modo que estes se ocupem com procedimentos que realmente trazem dano ao bem jurídico tutelado.

Referências

ANSELMO, Márcio. Inquérito Policial é o mais importante instrumento de obtenção de provas. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-ago-04/academia-policia-inquerito-importante-instrumento-obtencao-provas>>. Acesso em: 17 abril 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral. Volume 1. 8 ed. Saraiva, São Paulo: 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Cezar Roberto Bitencourt. 17ª Edição. Rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei N. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Vade Mecum. 29. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Vade Mecum. 29. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Vade Mecum. 29. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 110004**. 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21273040/habeas-corpus-hc-110004-rs-stf/inteiro-teor-110301682>>. Acesso em: 17 abril 2021.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE CASTRO, Henrique. Há sim contraditório e ampla defesa no inquérito policial. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/academia-policia-sim-contraditorio-ampla-defesa-inquerito-policial>>. Acesso em: 17 abril 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13 ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FRIEDE, Reis. **Lições objetivas do Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 18, ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005, 6. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

OCTAVIO, Rodrigo. O que é Princípio da Insignificância e como aplicá-lo. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://rmaiabotelhoo07.jusbrasil.com.br/artigos/620566308/o-que-e-principio-da-insignificancia-e-como-aplica-lo>>. Acesso em: 05 abril 2021.

REIS, André Wagner Melgaço. **Princípio da Insignificância no Crime de Descaminho à Luz da Jurisprudência do STJ e do STF**. Um Breve Estudo Acerca da Aplicação. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, n. 20, out.-nov. 2007.

SOUSA, Alexson. A possibilidade da aplicação do Princípio da Insignificância pela autoridade policial. **Jusbrasil**, 2015. Disponível em <[https://alexsonsousa.jusbrasil.com.br/artigos/208303508/a-possibilidade-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-pela-autoridade-policial#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,ou%20n%C3%A3o%20sua%20n%C3%A3o%20aplica%C3%A7%C3%A3o](https://alexsonsousa.jusbrasil.com.br/artigos/208303508/a-possibilidade-da-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-pela-autoridade-policial#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,ou%20n%C3%A3o%20sua%20n%C3%A3o%20aplica%C3%A7%C3%A3o.)>. Acesso em: 16 abril 2021.

TEIXEIRA, Mariana. O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI.

Jusbrasil. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>>. Acesso em: 16 abril 2021.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1994.

Capítulo 7

Superlotação carcerária no Sistema Prisional Brasileiro: uma violação aos direitos e garantias fundamentais

*Gabriel Gonçalves
Gabriela Soares da Silva
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

A prisão foi criada com o objetivo primordial em retirar os indivíduos de alta periculosidade da sociedade civil, bem como preservar a segurança pública conforme leis elaboradas ao longo do tempo que regulamentavam a execução das prisões e a aplicabilidade das penas. No entanto, o presente artigo disserta diretamente a respeito das causas que ensejaram a superlotação carcerária atualmente, como também resulta a crise do sistema punitivo em face do silenciamento social sobre tal realidade. O objetivo do trabalho é explorar, de modo árduo, a realidade dos indivíduos que compõem o cenário caótico atual que, conseqüentemente, se encontra em decadência e calamidade, expondo assim as condições duras e desumanas que esses atores sociais vivenciam diariamente.

Diante dessa realidade, verifica-se as incessantes violações aos preceitos legais, em especial as garantias constitucionais e os direitos humanos, devido à cultura punitiva adotada no sistema prisional brasileiro. Como também, a depreciação da prevenção do delito diante da aplicabilidade de penas regressivas, como também as barreiras encontradas pelo egresso ao retorno à sociedade.

Nesse contexto, é fato notório que a superlotação do sistema é palco certo para o surgimento de rebeliões, tal como a criação de organizações criminosas que atuam internamente dos presídios o que,

consequentemente, traz insegurança ao Estado e, principalmente, à sociedade que vivem as mazelas do sistema punitivo, o que coopera para a visível ineficácia e inobservância da Lei de Execução Penal, que possui o objetivo central de proporcionar condições apropriadas no cumprimento da pena, assim como a integração social harmônica do condenado ao egresso à sociedade, como também a reorganização educacional do condenado.

Para alcançar respostas acerca dos fatores que ocasionam o problema social, o presente trabalho exige, essencialmente, um estudo de caráter misto, isto é, pesquisas quantitativas e qualitativas. Nos quais serão realizadas análise de dados numa explicação causal usando o método quantitativo, como forma de descrever a realidade, e o método qualitativo buscando compreender percepções de atores sociais envolvidos nos fatores de causalidade da superlotação.

2 Contextualização histórica sobre o Sistema Penitenciário

Primeiramente, é importante observar que a criação do sistema penitenciário em si, se deu, devido a necessidade de proteção da sociedade, vindo a ser necessária a criação de regras para obter o controle social, onde quem as infringissem, sofreriam punições de acordo com a gravidade de sua ação.

Ocorre que, nem sempre foi assim, dado que as penas aplicadas durante toda Idade Média não eram de encarceramento a fim de restringir a liberdade do indivíduo, mas, sim, aplicar pena morte, suplício, trabalhos forçados, amputações de membros, bem como encarceramento em calabouços e outras penas como forma de atender os interesses da justiça.

Até o fim do século XVIII, era conveniente o uso do ritual do suplício para impor o poder do soberano por meio de dor e tormento físico, ou seja,

era um castigo físico insuportável atribuído ao indivíduo em ritual público a fim de buscar a humilhação do apenado para manter a supremacia.

Acontece que, após o surgimento de movimentos contra o suplício, surgiu-se então, a necessidade de reformar o sistema penal para humanizar as penas, com o intuito de tratar o crime praticado como ruptura da lei, não como desobediência ao Soberano. A pena de morte, no entanto não produzia mais o efeito esperado pelos grandes bárbaros da época, surgiu-se então uma nova modalidade de sanção a fim de buscar a disciplina, readaptação do criminoso, bem como, resguardar a vida e a integridade física do indivíduo para minimizar o declínio moral do apenado.

Durante o processo de transição de mentalidade durante a Idade Média para a Idade moderna, grandes reformadores posicionaram em torno da ideia, dentre eles afirma Michel Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*:

[...] é preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco (FOUCAULT, 1999, p. 94).

No Brasil, a primeira penitenciária, surgiu por meio de um documento oficial denominado como Carta Régia, assinado por um monarca em 1769. Nas imposições gerais remetidas para a autoridade, determinou a edificação da Casa de correção do Rio de Janeiro. Em seguida, após o advento da Constituição de 1984, houve a separação dos réus de acordo com o grau de periculosidade e os tipos de penas aplicáveis, já em observância ao princípio da individualização da pena. Além disso, o texto constitucional garantia que as cadeias deveriam ser limpas, bem arejadas e seguras com o propósito de garantir o bem-estar interno.

Em 1890, o Código Penal instituiu novas modalidades de penas, como prisão celular, perda de emprego público, multa, trabalho no cumprimento de pena, reclusão e suspeição, com o intuito de retirar da cultura punitiva a humilhação moral que trazia resultados lastimáveis para a integridade do homem. Todavia, no decorrer do tempo, houve um aumento gradativo da população carcerária, fazendo com o que surgisse o caos social perante as penitenciárias brasileiras.

Após a combinação de diversos casos de negligência estatal e social diante a superlotação carcerária, presenciamos inúmeros relatos desumanos dentro dos presídios. Assim como, uma infraestrutura viciosa e um sistema penal totalmente corrompido é fato notório que a prisão em massa não diminui a criminalidade, nem mesmo colabora para o egresso do ex-presidiário à sociedade civil, mas, sim, aumenta gradativamente o número de detentos cada vez mais.

3 A superlotação carcerária no Brasil

A superlotação carcerária é um dos problemas sociais de extrema relevância a ser debatido, posto que a grande demanda de presos em ambientes insalubres e condições sub-humanas violam incessantemente os direitos fundamentais garantidos pela Constituição. A postura do Estado perante essa realidade resulta no sucateamento do sistema penitenciário, visto que a negligência estatal e social acaba encobrendo as finalidades da pena privativa de liberdade.

Atualmente, o Brasil está ocupando o 3º lugar no ranking de países com a maior população carcerária no mundo, ficando apenas atrás da China e dos Estados Unidos. Segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), existem hoje 710 mil presos em todo território nacional para 423 mil vagas, vale mencionar

ainda que no número total não estão inclusos os presos em carceragens de delegacias, tampouco aqueles que cumprem pena em regime aberto.

Diante dessa realidade, a caótica relação entre os apenados no interior das prisões superlotadas, em razão do déficit de vagas, torna o ambiente conflituoso e desmoralizante para aqueles cuja disputa entre espaço físico e acomodação é essencial durante o cumprimento da pena.

Segundo a Lei de execução penal, o artigo 88 expõe que o condenado será alojado em cela individual, no qual deverá conter aparelho sanitário e lavatório para sua higienização pessoal, bem como dormitório exclusivamente para o recluso. Além disso, dispõe como requisito básico da unidade a salubridade do ambiente e área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Embora a lei tenha resguardado os direitos básicos sobre a estrutura interna dos presídios visando à preservação da dignidade da pessoa humana, é evidente que a superlotação carcerária é um descumprimento fatal aos preceitos da mesma, visto que o cenário atual que encontramos são celas comportando o dobro da capacidade recomendada, presos reservando dormitórios entre si, assim como a propagação de doenças infecciosas em razão do amontoamento humano em ambientes úmidos, sem ventilação e iluminação.

Segundo pesquisas recentes, Pernambuco, Amazonas, Mato Grosso do Sul, Distrito Federal e Roraima são os Estados que detêm as maiores superlotações carcerárias. O Estado de Roraima, por exemplo, é considerado o Estado com a maior quantidade de presos acima da quantidade de vagas ofertadas em todo território nacional, dados apontam que o Estado tem hoje aproximadamente 315,3% a mais do que a capacidade de vagas, pode-se afirmar que, o percentual é quase o dobro do Amazonas. Levando em consideração o número total de presos em

estabelecimentos penais atualmente o Estado tem cerca de 2.932 presos para um total de 706 vagas. (OLIVEIRA, 2021).

O estabelecimento penal que apresenta o maior número de presos em Roraima é a Penitenciária Agrícola de Monte Cristo, que hoje em dia conta com 2.200 presos distribuídos de forma desproporcional em 154 celas, visto que a capacidade média recomendada é para 480 presos. Relatórios fornecidos pela Ordem dos advogados do estado de Roraima afirmam que celas de 6,00m² (seis metros quadrados), capazes de acomodar 3 ou 4 pessoas, no máximo, acabam alocando cerca de 15 homens ou mais em virtude do déficit de vagas.

Observando o cenário caótico que a superlotação carcerária produz, o Estado desde então vêm criando penas alternativas à prisão para aqueles crimes de menor potencial ofensivo, a fim de evitar uma privação de liberdade injusta com base no fator criminológico observado pelo juiz. Segundo o rol das penas restritivas de direito, o artigo 43 do Código penal expõe as cinco modalidades de penas alternativas, sendo a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade, interdição temporária de direitos, bem como a limitação de fim de semana como forma de substituição das penas privativas de liberdade. (GUIDO, 2021).

Ocorre que, todas as tentativas de aplicação de penas alternativas e outras medidas se tornam falhas, dentre os fatores que corrobora para essa ineficácia está relacionada com a morosidade processual:

Também não podemos esquecer o que é muito comum, a hipótese em que pessoas cumprem suas penas por um período superior àquele determinado na decisão condenatória. São pessoas pobres, carentes de uma assistência efetiva por parte do Estado, que as esquece no cárcere após a sua condenação. Ainda existem os casos em que pessoas são presas cautelarmente durante toda a instrução do processo e, ao final, após a sua condenação, têm sua pena de

privação de liberdade substituída por outra, de natureza restritiva de direitos, ou mesmo por uma sanção pecuniária (GRECO, 2015, p. 240).

Assim, quanto mais demorado for o processo criminal, conseqüentemente, menores serão as chances de que a pessoa possa usufruir o direito a uma pena alternativa. Diante dessa realidade, o relatório de gestão publicado pelo Conselho Nacional de Justiça afirma também que são menores os números de reincidentes quando os réus não são submetidos a uma experiência desmoralizante que a prisionalização oferece.

Ainda vale acrescentar que a superlotação carcerária impede de modo drástico o aproveitamento de outras atividades durante o cárcere, assim como aumenta a quantidade de abusos sexuais por falta de privacidade entre os reclusos, bem como a propagação de doenças, o que de fato infringe os direitos fundamentais e sociais expressos na Constituição no qual resguarda o direito à vida, à segurança e à saúde, sem distinção de qualquer natureza.

Infelizmente, essa enfermidade social está relacionada também com a falta de verbas para a construção de novos presídios, assim como o elevado número de crimes cometidos na sociedade. No entanto, se não houvesse o desvio de verbas, como também a corrupção diária movida pelos detentores do poder, esse poderia ser menos um problema (GRECO, 2015, p. 240).

4 Presos provisórios

Existem muitas discussões sobre os fatores que ocasionam o sucateamento do sistema prisional, dentre elas menciona-se o elevado número de presos provisórios que corrobora para a superlotação carcerária, é esperado que presos que cometeram crimes sem gravidade

poderia aguardar o julgamento fora dos muros prisionais. Porém, o que vemos atualmente são centenas de presos reclusos que aguardam meses ou anos por uma condenação, quando a pena finalmente sai, a pena muitas das vezes é menor que o tempo que o preso ficou recluso aguardando.

Da mesma forma, o uso indiscriminado de privação cautelar da liberdade, ou seja, de pessoas que aguardam presas os seus julgamentos, tem uma contribuição decisiva para a situação atual de superlotação do sistema carcerário. Muitas vezes, essas pessoas, que aguardam presas o seu julgamento, foram absolvidas, ou seja, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade. (GRECO, 2015, p. 240).

O que temos hoje é uma Justiça abarrotada de processos para a resolução de litígios, a abundância de processos cíveis e criminais, faz com que a finalidade da pena perca seu efeito ressocializadora e preventiva em virtude da morosidade processual.

Em muitos países da América Latina, a exemplo do que ocorre com o Brasil, a Justiça Penal encontra-se abarrotada. São milhares de processos que aguardam julgamento, trazendo a angústia da espera de uma resolução. Muitas dessas ações penais acabarão prescrevendo, em virtude da morosidade do Estado em decidir o conflito que lhe fora posto. (GRECO, 2015, P. 280)

Convém lembrar que, o excesso de presos provisórios que aguardam pelo julgamento em estabelecimentos penais não possui condições financeiras de arcar com as custas processuais de um advogado. Assim, esperam a assistência jurídica oferecida pelo Estado através de Defensores públicos, a própria Lei de Execução Penal no artigo 15 e 16 garante a assistência jurídica ao preso, integral e gratuita, dentro e fora dos estabelecimentos penais, bem como garantido de modo expresso no inciso

LXXIV do artigo 5º da Constituição Federal a assistência para aqueles que comprovarem insuficiência de recurso.

Ocorre que, o déficit de defensores públicos no território nacional contribui com a morosidade processual, a falta de profissionais que atuam na área é uma condição plausível para a justificativa dos meios que geram a superlotação carcerária. Segundo o último levantamento da Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Federais, faltam defensores públicos em cerca de 72% das comarcas no país, o que de fato justifica uma parcela de indícios que contribui para a burocrática resolução de litígios.

Ao analisar dados da pesquisa realizada pelo Colégio Nacional de Defensores Públicos Geral, há em torno de 5.873 defensores públicos distribuídos em todo território nacional, certamente um defensor público para atender 967,6 mil habitantes. Convém frisar, por oportuno, que o estado Rio Grande do Norte e Amazonas, há hoje um defensor público para cada 64,3 mil e 37,3 mil habitantes, cenários perfeitos para a conflitividade entre os internos que aguardam incessantemente pelo julgamento (ABRANTES, 2021).

Considerando a atuação dos profissionais da área, o Ministério da Justiça recomenda que o ideal para o bom aproveitamento da assistência judiciária é que um defensor público atende 15 mil habitantes. No entanto, não é o que se vê na prática, no Estado do Paraná, por exemplo, um defensor atende 41 mil pessoas, da mesma forma em Santa Catarina que atende em média 30 mil pessoas (PEREZ, 2021).

5 As condições de saúde no Sistema Prisional

Diversamente o que dispõe sobre as prisões, a mesma não possui caráter reabilitador, tampouco preza pelo desenvolvimento psíquico do apenado com o intuito de deixar a criminalidade no passado. Ao contrário

do que dizem, as condições estruturais e o amontoamento de presos causam reações ao indivíduo que pode chegar ao suicídio em questão de poucos dias. O elevado número de detentos apresenta, sobretudo, não só a depressão, mas, também a crise de pânico, ansiedade, ou até mesmo o surgimento da esquizofrenia e afins.

Com todas as marcas de um ato doloroso, o processo de cicatrização pelo mal praticado se torna ainda pior, em razão das condições inapropriadas, preconceitos emanados pela sociedade, bem como, a destruição repentina das áreas psicológicas do apenado que o coloca à prova diariamente sobre um ambiente cheio de almas que pedem socorro.

Várias são os efeitos carcerários, em 1912 Strassler aborda o surgimento da variante da síndrome de Ganser, é o típico transtorno de personalidade que aparece voluntariamente no indivíduo que o faz ter comportamentos irresponsáveis de uma criança, como perder o movimento de alguma parte do corpo ou falar gramaticalmente com o intuito de fugir da situação deformante que o sistema lhe impõe. (BITENCOURT, 2017, p. 213).

Não se devem ignorar as condições sobrenaturais que a pena privativa de liberdade impõe ao apenado no ambiente carcerário durante o cumprimento da pena, sobretudo, no que tange às consequências negativas que gera ao mesmo, como o adoecimento físico e, principalmente, o adoecimento psíquico que são consideradas lesões assombrosamente invisíveis capazes de alterar drasticamente a personalidade do indivíduo (BITENCOURT, 2017, p. 181).

Como se percebe, o desmazelo tanto dos governantes quanto da sociedade pela saúde mental dos apenados é algo quase negligente, haja vista que ocorre um acobertamento de tais lesões psíquicas sofridas em prol de um "amadurecimento" necessário que é concebido pela sociedade como a solução para a reconstrução do detento.

Merece frisar que, além das condições insalubres provocarem distúrbios mentais, podem também incidir na propagação de doenças no estabelecimento interno. Ora, perante as péssimas condições ambientais e higiênicas que, conseqüentemente, são agravadas pela superlotação, o Ministério da Saúde afirma que os presídios brasileiros apresentam altos índices de tuberculoses, doença sexualmente transmissível, dermatoses, hepatites e, outras doenças infectocontagiosas, visto que celas úmidas, sujas, com pouca ventilação, iluminação e superlotadas contribuem para infecções e contágio.

Ainda vale acrescentar que, o cenário atual diante da pandemia mundial de coronavírus, evidencia ainda mais o problema social em razão da estrutura interna dos presídios, posto que as condições inóspitas de higiene se tornam lugares fáceis para a proliferação do vírus através de visitantes e funcionários, o que de fato resulta no efeito dominó.

As recomendações propostas na Portaria Interministerial nº7, de 18 de março de 2020, assinada pelo Ministério da Saúde juntamente com o Ministério da Justiça, dispõe que a Administração penitenciária deverá manter a distância mínima de dois metros entre os custodiados, bem como a utilização de máscaras e outros equipamentos de proteção individual. Porém, as condições de amontoamento humano, decorrente da superlotação carcerária, dificulta a prática das medidas propostas, dado que a falta de equipamentos e a má estrutura física impede a fiscalização das autoridades, como também o distanciamento social necessário.

É fato público que a situação atual ainda é marcada pelo descaso estatal no governo do presidente Jair Bolsonaro, dado que o mesmo publicou no Diário Oficial da União, as alterações sobre os vetos da Lei nº13. 979, de 6 de fevereiro de 2020, no qual exclui a obrigatoriedade do uso de máscaras em estabelecimentos socioeducativos, como também em presídios.

Diante dessa ratificação, o governo atual usou a fundamentação de que os entes federativos possuem autonomia própria para implementar normas que sejam necessárias para atender tal peculiaridade. Inclui ainda que, a utilização de equipamentos de proteção individual já se encontra regulamentado por normas de trabalho no sistema prisional.

6 A violência e o surgimento de rebeliões e organizações criminosas

As prisões brasileiras apresentam um elevado índice de conflitividade entre os apenados, dado que a reestruturação desse ambiente não é nada debatido pelas políticas públicas, tampouco pela sociedade.

É imprescindível observar que o alto grau de ressentimento pelo mal praticado, culpa e acúmulo de frustração que a vida carcerária produz, resultam no surgimento de motins no estabelecimento interno, o que de fato torna em um trabalho árduo e penoso para policiais penais que muitas das vezes utilizam meios violentos para contê-los em tempos de rivalidade.

Outro fator que corrobora para o surgimento da violência física, moral e sexual nos presídios está relacionado com a grande explosão demográfica carcerária, posto que, celas capazes de comportar certo número de detentos recomendado por lei, conseqüentemente, acabam comportando o dobro ou até o triplo da capacidade.

Nesse contexto, o encarceramento em massa em condições sórdidas impossibilita a atuação dos policiais penais na vigilância interna dos presídios, bem como priva os direitos básicos dos criminosos. Conforme preceituado no texto constitucional de 1988, o artigo 5.º, inciso XLIX, aduz que deve ser garantido ao preso o respeito sobre sua integridade física e moral, o que de fato é violado incessantemente.

Embora a Constituição federal assegure direitos e garantias individuais, vale mencionar também que a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, em seu artigo 5º e 6º, expõe sobre as condições de

classificação do condenado para orientar a individualização da pena, de modo a separar os condenados de acordo com seu grau de periculosidade, antecedentes criminais e personalidade por meio da Comissão Técnica de Classificação, situada em cada unidade.

Ocorre que, nos casos de regime fechado, o exame criminológico não é eficaz para atender os objetivos propostos, em razão da incapacidade estrutural interna de fracionar os presos de acordo com sua periculosidade.

Torna-se evidente, portanto, que privar os direitos básicos tende a marginalizar o condenado, e, conseqüentemente, torná-lo mais agressivo em virtude da convivência cotidiana em um ambiente propício à violência. Uma situação estarrecedora já vivida em razão da conflitividade carcerária é o massacre do Carandiru, ocorrido no dia 2 de outubro de 1992, na casa de detenção de São Paulo, onde resultou na morte de 111 detentos após desentendimentos entre os presos no pavilhão nove. (BITENCOURT, 2017, p. 240). Percebe-se que, após massacres sangrentos ocorrerem, a sociedade se comove de maneira momentânea em relação à deficiência do regime penitenciário. Várias são as situações de conflito que rodeiam o cárcere e, logo após, deixado às mazelas pelo governo:

[...] Ele rompe o muro de silêncio que a sociedade levanta ao redor do cárcere. Infelizmente, pouco depois de desaparecido o conflito carcerário, a sociedade volta a construir o muro de silêncio e de indiferença, que se manterá até que outro acontecimento dramático comova, transitoriamente, a consciência social (BITENCOURT, 2017, p. 240).

Após o "massacre do Carandiru", em 1992, medidas de prevenção não foram adotadas em todo território nacional de modo a impedir que outro massacre sangrento acontecesse, tanto a superlotação quanto a atuação livre de facções criminosas, tornam-se as penitenciárias palcos certos

para o surgimento de motins que, conseqüentemente, pode converter-se em mais uma nova chacina.

Vale mencionar, por oportuno, o trágico massacre ocorrido no Pará, em 2017, no Centro de Recuperação Regional de Altamira, por confrontos entre facções criminosas, deixando 57 detentos mortos e policiais penais reféns, sendo considerado o segundo maior massacre do país, logo após o acontecimento do Carandiru.

É fato público, que as condições de superlotação, bem como a insuficiência de policiais penais atuando no dia do ocorrido, são fatores que contribuem para o surgimento de rebeliões, visto que o relatório publicado pelo Conselho Nacional de Justiça dispõe sobre péssimas condições de funcionamento do estabelecimento penal, tal como o elevado número de detentos custodiados no local. É de conhecimento geral que, no dia do ocorrido, havia 311 presos, no entanto, a capacidade projetada era de comportar no máximo 163 presos.

Nesse contexto, é cediço que o ambiente insalubre e superlotado faz com que o preso desenvolva um comportamento semelhante aos demais presos com alta periculosidade, visto que um ambiente propício à violência impõe ao apenado meios eficazes para garantir sua sobrevivência durante cumprimento de pena.

Os acontecimentos cruéis mencionados, no entanto, ocorreram através de conflitos entre organizações criminosas, fator importantíssimo a ser discutido, visto que se trata de uma linha tênue em relação à atuação desses crimes organizados no interior das penitenciárias, bem como o caminho usado por esses criminosos para colocar em prática o tráfico de drogas.

Primeiramente, é necessário entender que uma organização criminosa surge por meio das brechas na atuação do Poder Público perante o sistema prisional o que, conseqüentemente, torna as prisões ambientes

férteis para a atuação desses criminosos. O conceito da organização criminosa surgiu após a Lei nº 12. 850 de 2013, que expôs a definição legal em seu § 1º do artigo 1º.

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2021).

Observa-se que, essas organizações criminosas ditam regras para aqueles que participam da mesma, muitos são os motivos que faz um custodiado participar de um crime organizado, dentre os motivos destaca-se o almejo de proteção pessoal no presídio, visto que a desobediência praticada muitas das vezes são pagas com a própria vida.

Infelizmente, não é uma função fácil para os militares descobrirem quem são os líderes dessas organizações, visto que as periferias em centros urbanos são cenários perfeitos para a instalação dessas organizações, o que de fato torna o trabalho árduo em razão da falta de acessibilidade. Muitas organizações criminosas atuam nas penitenciárias, por meio da utilização de celulares, que impõe ordens aos criminosos fora do sistema penal de modo a cometer atividades ilícitas que, de alguma forma, podem trazer vantagem de qualquer natureza para si. (VILLEGAS, 2021).

Cumprе esclarecer que a negligência estatal perante o problema social acaba mudando as diretrizes das penitenciárias, visto que os objetivos propostos pela execução penal são substituídos de modo deslavado pelo novo comando imposto por essas organizações, causando

uma "guerra" entre o Estado Civil e o Poder Paralelo dos criminosos. (MAIA, 2021).

7 Violação dos direitos humanos

Vale dispor que os direitos humanos, são direitos naturais, inerentes a qualquer indivíduo, estendendo-se a todos, independentemente de sua classe social, etnia, gênero, nacionalidade ou posicionamento político, sendo incluídos: o direito à vida, à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, entre outros. Tais direitos então são tidos como norteadores de toda a legislação, que deve estar obrigatoriamente em conformidade com esses direitos. (NONATO, 2021).

Mesmo os direitos humanos sendo considerados tão imponentes e necessários ao ser humano durante toda sua trajetória, os mesmos somente vieram a se tornar realidade no cenário Brasileiro com a criação da Constituição Da República Federativa Do Brasil de 1988, que serviu como um fortalecedor dos direitos fundamentais, tendo como base a universalidade dos mesmos.

E com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foram estabelecidos em seus artigos 1º e 5º os direitos inerentes a todo e qualquer ser humano:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

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; (BRASIL, 1988).

Assim, após a instauração da Constituição de 1988, o Brasil veio a se tornar um país em que os direitos humanos deveriam ser preservados a qualquer custo, devendo o reconhecimento e a proteção dos direitos do homem estar na base de suas ideias, podendo assim, entender que a partir do momento em que os direitos humanos, conquistados e declarados ao longo dos anos, foram inseridos na Constituição, os mesmos passaram a ser reconhecidos como direitos fundamentais.

Assim como discorre Rogério Greco, ao dispor que esse reconhecimento pode ser expresso, quando a Constituição assim o declara, como ocorre, com frequência, com a dignidade da pessoa humana, ou pode ser implícito, oriundo, por exemplo, de outro direito ou princípio fundamental (GRECO, 2015, p. 27).

Insta salientar, que dentre os direitos assegurados pela Constituição de 1988, temos aquele que se deve ser considerado o direito fundamental dos direitos fundamentais, sendo ele o direito à dignidade humana, que foi definido no art. 1º, inciso III da Constituição, como base da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Deste modo, percebe-se que o Estado existe fundamentalmente em função da pessoa humana, haja vista que é o ser humano que delibera aquilo que seria fundamental a si mesmo, fazendo com que tais direitos não se tornem apenas um aparato do Estado, sendo assim, acaba que o ponto de partida para qualquer reflexão sobre a constituição, e sobre qualquer desenvolvimento acerca da mesma, seria o homem e a dignidade inerente ao mesmo.

Contudo, com o passar do tempo, a superlotação carcerária veio a prejudicar a luta pelos direitos humanos no Brasil, haja vista que com o crescimento exponencial dos números de presos dentro das

penitenciárias, ficou cada vez mais difícil assegurar de maneira efetiva todos os direitos a eles inerentes, uma vez que existem no território nacional, 710 mil presos para 423 mil vagas, fazendo com que a população carcerária do Brasil seja considerada a terceira maior do mundo.

Segundo a Lei de Execução Penal, criada com o intuito de regulamentar os interesses do presidiário, em todo seu texto, o legislador disserta sobre o dever do Estado de prestar assistência aos detentos em diversas áreas, onde consta que deveria ser disponibilizado aos detentos, instalações higiênicas, vestuário e alimentação, atendimento odontológico, farmacêutico e médico, tanto em caráter preventivo quanto curativo, bem como auxílios jurídicos àqueles que não pudessem pagar um advogado.

Todavia, mesmo a Lei de Execução Penal, prever diversos direitos ao apenado, além da previsão em seu artigo 88º, de que o alojamento do mesmo fosse uma cela individual devendo conter dormitório, aparelho sanitário e lavatório, dentro de uma área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados), os mesmos são obrigados a dividir celas lotadas com inúmeros apenados, ignorando completamente as condições de higiene do local, colocando em risco a saúde e a integridade física do mesmo, o que de fato viola preceitos oriundos aos direitos humanos.

Diante de tal quadro, não há de se falar que o Estado assegura os direitos fundamentais, a integridade física e moral do preso, requisitos mínimos para sua sobrevivência durante o cumprimento de pena. Contudo, obviamente, vale mencionar que não cabe somente ao Estado a implementação e o resguardo dos direitos humanos, haja vista que a sociedade como um todo possui também um papel de grande importância na luta pela efetivação dos mesmos, não só através de movimentos sociais, sindicatos, associações, conselhos de direitos e centros de defesa e de educação.

É preciso, portanto, a contribuição significativa tanto dos juristas, quanto da sociedade civil para conhecer as normas, estudar e se atualizar sobre o tema discutido, assim como, estar em contato com a realidade do que é regulamentado, fazendo com que assim possa dispor sobre o assunto de maneira efetiva e humana, requisito este indispensável para se alcançar um futuro onde os apenados possam gozar dos direitos inerentes ao ser humano (GIUSEPPE, 2004, p. 11).

8 As barreiras da ressocialização

Assim como outrora abordado, os sistemas prisionais brasileiros ideologicamente têm como objetivo reprimir a atitude causada pelo apenado, prevenir que o mesmo cometa futuras infrações, além de agir como um mecanismo capaz de possibilitar ao mesmo o reingresso à sociedade de maneira digna e respeitável, sem que o mesmo sinta a necessidade de cometer novos crimes como forma de se restabelecer na sociedade.

Como dispõe Rogério Greco “logrando-se êxito com a ressocialização daquele que praticou a infração penal, isso terá influência direta sobre o sistema prisional, pois que o egresso ressocializado, que deixa de praticar novos crimes, torna-se um cidadão útil e responsável” (GRECO, 2015, p. 386).

Em contrapartida, a partir do momento em que ocorre uma desdenha tanto pela qualidade estrutural das penitenciárias quanto pela qualidade da manutenção da saúde dos apenados, as penitenciárias que deveriam agir como norteadoras acabam os prejudicando cada vez mais, haja vista que os apenados ao perceberem o abandono tanto pela sociedade quanto pelo estado, tendem a se mancomunar e criar laços com aqueles que estão ao seu redor, o que culmina no enraizamento do mesmo na vida criminosa.

O enraizamento do apenado na comunidade criminosa somente ocorre devido ao abandono do mesmo pelo Estado e pela sociedade, tendo como única opção se aliar àqueles que lhe estendem a mão e, conseqüentemente, acaba fazendo parte de grupos e organizações criminosas, o que dificulta na atuação do Estado em tentar intervir e auxiliar o apenado, haja vista que o mesmo já se vê inserido na hierarquia das organizações e já se encontra envolto nos ideais da mesma:

Apesar da deficiência dos dados estatísticos, é inquestionável que a delinquência não diminui em toda a América Latina e que o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado (BITENCOURT, 2017, p. 168).

Ademais, somado ao descaso praticado pelos governantes para com os apenados, os mesmos sofrem com os preconceitos emanados pela sociedade, uma vez que mesmo tendo cumprido corretamente sua pena, ao saírem do convívio carcerário, continuam sendo vistos como criminoso o que dificulta a inclusão social e o impossibilita de reingressar no mercado de trabalho (GRECO, 2015, p. 346).

Outro fator contribuinte para a reincidência do apenado a vida criminosa, seria o desmazelo e o desdém do Estado quanto à qualidade estrutural das penitenciárias e das celas de prisões onde os presos são mantidos, haja vista que o preso é obrigado a conviver em um ambiente depressivo, humilhante, e desmoralizante, sem respeitar o número máximo de apenados por cela, fazendo com que cada uma delas se torne um grande amontoado de pessoas.

Vale mencionar uma breve analogia sobre os meios de prevenção em outros países, segundo exposto por Barrucho e Barros, nos Estados Unidos, o Estado da Geórgia investiu aproximadamente o montante de

US\$ 5,7 milhões (R\$ 18,3 milhões) em programas cujo objetivo é combater ao abuso de drogas e álcool, esses programas visam reduzir os problemas de conduta, reduzindo, as chances de reincidência. Da mesma forma, com o objetivo de combater a criminalidade, a Suécia adota um programa próprio, constituído de doze etapas especialmente oferecidas para presos que possui algum vício, segundo estudo feito por especialistas, o vício está enraizado em muitas condutas ilícitas. De acordo com o jornal britânico *The Guardian*, a população prisional da Suécia caiu de 5.722 para 4.500 presos, motivo suficientemente considerável para o fechamento de algumas prisões por falta de presos (BARRUCHO; BARROS, 2021).

Contudo, tendo em vista tanto o preconceito enraizado pela sociedade brasileira quanto o descaso do Estado acima dos apenados pode-se observar que o real objetivo de ressocialização do apenado ainda está longe de ser alcançado, haja vista que as condições demonstradas não são propícias ao reingresso do mesmo à sociedade, fazendo com que a visão de um sistema voltado especificamente para a ressocialização do condenado seja apenas um desejo utópico que infelizmente se faz inalcançável no presente momento. (GRECO, 2015, p. 334).

Adequar comportamentos nunca foi uma tarefa fácil, tampouco bem vista para pessoas cuja personalidade já foi formada, porém a ressocialização é fator essencial para a reabilitação do recluso, o reingresso ao mercado de trabalho muitas vezes impede que o mesmo retorne a vida criminosa. No entanto, o que vemos são inúmeros obstáculos encontrados para a inclusão social, visto que a criminalidade presente nos dias de hoje tende a marginalizar essas pessoas vulneráveis que, conseqüentemente, acabam sendo vistas como inimigo da sociedade.

Ao analisar os fatos, é importante entender que o desprezo público no convívio social não é apenas o fator principal que impede seu reingresso

no mercado de trabalho, a maioria deles não possui uma experiência profissional adequada, sequer o ensino fundamental.

Toma-se conhecimento que, 70% não concluíram o ensino fundamental, 8% dos presos são analfabetos, e 92% infelizmente não concluíram o ensino médio. É evidente ainda que, nem 1% dos presos possui ensino superior, é claro que a unidade prisional não detém a atuação como uma unidade educacional, mas a capacitação profissional é requisito imprescindível para a atuação do mercado de trabalho. (OLIVEIRA, 2021).

Diante dessa realidade, com o intuito de orientar e desenvolver a capacidade profissional do preso durante o cumprimento de pena, bem como ter um melhor aproveitamento durante o cumprimento de pena, a Lei de Execução Penal garantiu nos artigos 17 a 21 a assistência educacional, expondo que o ensino médio, com formação geral ou educação profissional seja implantado nos presídios. Afirma ainda que, o ensino oferecido para os presos serão mantidos financeiramente com apoio da União, assim como da administração penitenciária ou pelo sistema estadual de justiça.

Porém, o cenário atual sequer vislumbra esses direitos, visto que nem 13% da população carcerária têm acesso a essa assistência educacional nas prisões, se a educação oferecida pelo sistema público de ensino apresenta um sucateamento, obviamente não seria diferente no interior das prisões. Em São Paulo, por exemplo, não há espaço adequado para oferecer os estudos propostos, tampouco há materiais pedagógicos.

É imprescindível que todos se conscientizem, não apenas o Estado, mas, também juntamente com a sociedade que rotula o ex-presidiário como alguém que não merece mais chances de retornar ao convívio social, é necessário haver mudança nas diretrizes políticas, bem como no

pensamento da sociedade, visto que o ser humano é um ser racional apto a mudanças (GARCIA, 2021).

9. Considerações finais

Em virtude dos fatos apresentados, assim como as pesquisas doutrinárias e legais realizadas durante a confecção dessa pesquisa, pode-se compreender que a mesma teve como objetivo apresentar e pontuar algumas das dificuldades enfrentadas pelo Estado e pelo condenado no tocante a superlotação carcerária no Sistema Prisional Brasileiro, demonstrando assim, os pontos de principal relevância que contribuem para a decadência do sistema punitivo.

Pode-se observar no decorrer da pesquisa, que a pena privativa de liberdade veio sendo utilizada nos últimos anos apenas como um meio para retirar o indivíduo da sociedade, sem se importar com as condições do mesmo no momento em que fossem inseridos nas penitenciárias, porém o objetivo principal da retirada temporária do apenado do convívio social deveria servir para proporcionar um local de reabilitação.

Contudo, tal objetivo não veio a ser cumprido, tampouco vislumbrado pelo Estado, dado que a forma de execução utilizada não está surtindo os efeitos necessários, a prisão em massa em condições sórdidas impede de modo gradativo a ressocialização do preso, o que de fato demonstra que a reclusão em si não produz nenhum efeito positivo, apenas reforça a ideia de que o sistema penal se encontra em crise.

Vale salientar, que no mesmo sentido, temos diversos fatores que contribuem para o agravamento da crise do sistema prisional brasileiro, como por exemplo, a falha presente na infraestrutura dos presídios, a falha na organização e distribuição dos apenados, a falta de suporte mental aos apenados dada por profissionais preparados, a ausência da higiene mínima necessária, como também a marginalização do preso na sociedade

após sua liberdade concedida, são fatores que tende a tornar a reclusão em um castigo desumano.

Dado o exposto, pode-se concluir que apesar do cenário atual das prisões brasileiras, ainda existe a possibilidade de evitar o sucateamento do sistema penitenciário, para que a pena privativa de liberdade não venha a falhar miseravelmente diante da reabilitação do preso. Muitas dessas soluções para evitar a incessante violação aos direitos e garantias fundamentais estão expressas na própria Lei de Execução Penal e na Constituição Federal, no entanto, o que falta é o comprometimento tanto da sociedade em geral quanto do Estado, a fim de reduzir a conflitividade carcerária, e proporcionar o bem-estar coletivo durante o cumprimento de pena, bem como verdadeiras chances de ressocialização depois de concedida sua liberdade, haja vista que o objetivo primário da pena, além da punição do apenado pelo ato praticado, é a ressocialização do mesmo a sociedade civil.

Referências

ABRANTES, Talita. **Como a falta de defensores (também) explica a crise dos presídios.**

Disponível em: <https://exame.com/brasil/como-a-falta-de-defensores-tambem-explica-a-crise-dos-presidios/>. Acesso em: 06 de abr. 2021.

ANADEF. **Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos Federais.** Página

Inicial (Institucional). Disponível em: <<https://www.anadef.org.br/>>. Acesso em: 24 abril. 2021.

ANDRÉ, Bruno. **4 Causas para a crise do sistema prisional brasileiro.** Disponível em:

<<https://www.politize.com.br/crise-do-sistema-prisional-brasileiro-causas/>>.

Acesso em: 10 out. 2020.

BARRUCHO, Luiz; BARROS, Luciana. **5 problemas crônicos das prisões brasileiras: e como estão sendo solucionados ao redor do mundo**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-38537789>>. Acesso em: 01 abril 2021

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, Senado, 2021.

BRASIL. **Lei de Organizações Criminosas**. Lei nº 12.850. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Lei de Emergência em Saúde Pública**. Lei nº13. 979. Brasília. Diário Oficial da União. Brasília, 6 fev. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Portaria Interministerial nº 7, de 18 de março de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt/portaria%20n%C2%BA%207-20-mjssp-ms.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

CASTRO, Bruno Ronchetti. **Relatório de Gestão. Supervisão do departamento de monitoramento e fiscalização do sistema carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

COSTA, Lídia Mendes da; AMARAL, Mariêlda Ruiz Andrade. **A Superlotação do Sistema Prisional Brasileiro**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1677/1600>>. Acesso em: 10 out. 2020.

EDUARDO, José. **Superlotação dos presídios facilita proliferação de doenças, afirma médica**. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/>>. Acesso em: 13 set. 2020.

ESTADÃO. **1/3 dos presídios tem superlotação igual ao Carandiru**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/cidades,13-dos-presidios-tem-superlotacao-igual-ao-carandiru,1017831,0.html>>. Acesso em: 12 out. 2020.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Traduzido por Raquel Ramallete. 20 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GARCIA, Jesus Cesar. **A Ressocialização No Sistema Prisional Brasileiro**. Revista Saber Acadêmico, Nº 22. p. 22-39, 21/agosto/2016, 01/12/2016, Disponível em: <http://uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20170619111147.pdf>. Acesso: 13 out. 2020.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: Colapso Atual e Soluções Alternativas**. 2.ed. Niterói, Rio de Janeiro: Editora Impetus Ltda, 2015.

GUIDO, Gilzia dias Payão. **Sistema Prisional e a Ressocialização do preso**. Fundação Educacional do Município de Assis. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/1211400211.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2021.

LEMGRUBER, J. **Verdades e mentiras sobre o sistema de justiça criminal**. Revista CEJ, Brasília, n. 15, p. 12-29, set.-dez. 2001.

MAIA, Ariane Bastos de Mendonça. **A origem do crime organizado no Brasil: conceito e aspectos históricos**. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi12011_f/artigos/ArianeBastosdeMendoncaMaia.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

NONATO, Alessandro Anilton Maia. **Os desafios dos direitos humanos no Brasil: Abordagem sobre os temas afetos aos direitos humanos e seus desafios enfrentados no cotidiano brasileiro, apresentando as nuances que circundam**

a aplicação dos direitos humanos e cidadania no Brasil. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11464/Os-desafios-dos-direitos-humanos-no-Brasil>>. Acesso: 22 abril 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro.** Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/brasil/a-realidade-sistema-prisional-brasileiro.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2021.

OLIVEIRA, A.K.S, et al. **Desafios para a ressocialização do apenado no Brasil.** Disponível em: <https://www.editorarealize.com.br/editora/anais/join/2017/TRABALHO_EV081_MD4_SA57_ID1530_08092017200932.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

OLIVEIRA, Cida. **Menos de 13% da população carcerária tem acesso à educação.** Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/educacao/2017/07/menos-de-13-da-populacao-carceraria-tem-acesso-a-educacao/>>. Acesso em: 03 de abr. 2021.

OLIVEIRA, Valéria. **Com 315,3% acima da capacidade, Roraima tem a maior superlotação carcerária do Brasil.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2020/02/19/com-3153percent-acima-da-capacidade-roraima-tem-a-maior-superlotacao-carceraria-do-brasil.ghtml>>. Acesso: 20 mar.2021.

SOUZA, Murilo. **Bolsonaro desobriga uso de máscara em presídios.** 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/673754-bolsonaro-desobriga-uso-de-mascaras-em-presidios/>>. Acesso: 10 mar. 2021

PEREIRA, Meneguetti, Luciano. **O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro.** Araçatuba-SP, Bauru, v. 5, n. 1, p. 167-190, jan./jun., 2017, Disponível em: <<https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/472>>. Acesso: 13 out. 2020.

PEREZ, Fabíola. **Brasil tem déficit de seis mil defensores públicos, diz estudo.** Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

SAMARA, Gabriela. **O sistema penitenciário e a ressocialização do apenado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68664/o-sistema-penitenciario-e-a-ressocializacao-do-apanado>>. Acesso em: 10 out. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

TAVOLJERI, Nathalia; DELGADO, Malu. **Aprisionamento em massa fortalece facções criminosas**. 2017. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/not%C3%ADcias/s-7111>>. Acesso em: 13 set. 2020.

TOSI, Giuseppe (org). **Direitos Humanos: História, teoria e prática**. João Pessoa: Editora UFPB, 2004.

VIANA, Johnnatan Reges. **A crise do sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-crise-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 14 out. 2020.

VILLEGAS, Larissa. **Superlotação no Sistema Penitenciário do Brasil**. Disponível em: <<https://larissavillegas.jusbrasil.com.br/artigos/333657154/superlotacao-no-sistema-penitenciario-do-brasil>>. Acesso em: 18 abril 2021.

Capítulo 8

O Direito Penal e a Lei nº 9.605 de 1998 como uma garantia de preservação do meio ambiente

Júlia Arêdes de Abreu Matos

Fernando Teixeira de Paula

Cristian Kiefer da Silva

1 Introdução

Este estudo visa apresentar a trajetória histórica do Direito Ambiental, expondo de que forma surgiu a consciência ecológica e como foi sendo construída a evolução da proteção jurídica do meio ambiente brasileiro. Bem como, os recursos e processos, para alcançar a proteção e preservação ambiental. Esta pesquisa se faz necessária em face à crise ambiental em que o país se encontra submerso, bem como, o enorme descuido de grande parte da sociedade brasileira a estas questões.

Inicialmente, foi realizado uma contextualização histórica do direito ambiental brasileiro, demonstrando a evolução da legislação ambiental no Brasil e o conceito explicativo do que é o meio ambiente. Tal como, um estudo aprofundado sobre a proteção do ecossistema, no âmbito da Constituição Federal de 1988, expondo os dispositivos constitucionais propostos pelo legislador, na busca de reger as condutas humanas na relação com a natureza.

Seguidamente, se tratando da responsabilização ambiental, esta foi feita no âmbito da esfera penal, visando proteger o meio ambiente, pois, esta responsabilização é indispensável e fundamental para garantir um biosistema equilibrado e, ao mesmo tempo, uma vida sadia aos seres humanos.

Por fim, efetuou-se uma interpretação da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), que é utilizada como um dos principais instrumentos de proteção e preservação do meio ambiente. A partir disso, realizou-se uma análise das sanções penais estabelecidas por esta Lei, como também, os crimes contra o meio ambiente e o modo como são aplicadas as penas a estes crimes. Em conclusão, apresentou-se críticas e possíveis soluções para os dilemas enfrentados pela natureza na contemporaneidade, à luz da Lei 9.605/98.

2 considerações preliminares sobre o direito ambiental no Brasil

Em atenção ao artigo 225, da Constituição Federal de 1988, a qual garante a todos os brasileiros o direito “ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, sendo este direito, podendo ser exigido por qualquer “credor” legitimado, representado pelo Estado, Ministério Público, Defensoria Pública, a União, os estados, o Distrito Federal, os Municípios, e a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e associação que exista há pelo menos 1 (um) ano [...].

Com relação ao conceito de meio ambiente, possui identificação na Lei nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981, que garante no “Artigo 3º, para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – Meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Referente à Tutela Jurídica ambiental, a Constituição Federal de 1988, foi a primeira Constituição da história do Brasil a tratar desse tema. Está disposta no artigo 225, que trata de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público. Mas, a sociedade tem o dever de defender e preservar o meio ambiente:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 2020).

Neste ritmo, faz-se necessária a análise do artigo 225, §3º da Constituição Federal de 1988, que aborda a tríplice responsabilização fundamental, dispondo sobre as esferas administrativa, penal e civil, o que significa dizer que, são três esferas de responsabilidade tutelando um só bem jurídico. Ocorre que, o raciocínio por trás deste artigo, é de que, quanto mais esferas tutelando o meio ambiente, mais bem cuidado o meio ambiente se torna”. As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 2020).

Referente ao desastre de Brumadinho e as consequências jurídico-ambientais, a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD)¹ foi autuada pela União, pelo Estado de Minas Gerais e, logo após, a Prefeitura de Brumadinho também a autuou. E estes fatos são totalmente possíveis de acordo com a Constituição Federal de 1988, considerando que, o artigo 23, VI, prevê: “É competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, proteger o meio ambiente e combater a poluição”. (BRASIL, 2020).

Então, as autuações, pelo menos a princípio, são totalmente válidas. No entanto, uma delas há de prevalecer, porque senão a empresa, pelo que fez, seria três vezes punida pelo mesmo fato, o que o direito tenta coibir. Dentro desse raciocínio, faz-se interessante esclarecer que a Lei

¹ Nascida em 1º de junho de 1942 como a estatal Companhia Vale do Rio Doce, a Vale é hoje uma empresa privada que figura entre as maiores mineradoras globais. Nossas operações extrapolam fronteiras, estamos presentes em cerca de 30 países, compartilhando nossa missão de transformar recursos naturais em prosperidade e desenvolvimento sustentável. Além da mineração, atuamos em logística - com ferrovias, portos, terminais e infraestrutura de última geração -, em energia e em siderurgia. (BRASIL, 2020).

Complementar nº 140/2011 estabelece um critério para tentar resolver esse problema.

Há de prevalecer a autuação aplicada, pelo ente que possui a competência para licenciar ambientalmente a atividade e, neste caso, o estado de Minas Gerais tem esta competência. Portanto, o auto de infração lavrado pelo estado de Minas Gerais, pelo advogado da Vara, utiliza-se deste argumento para as defesas da empresa. E então fazer prevalecer o auto de infração aplicado pelo Estado.

O disposto no **caput** deste artigo não impede o exercício pelos entes federativos da atribuição comum de fiscalização da conformidade de empreendimentos e atividades efetiva ou potencialmente poluidores ou utilizadores de recursos naturais com a legislação ambiental em vigor, prevalecendo o auto de infração ambiental lavrado por órgão que detenha a atribuição de licenciamento ou autorização a que se refere o **caput**". (BRASIL, 2020).

O recurso mineral é um bem da União, conforme nos assegura o artigo 20, IX, da Constituição Federal de 1988:

São bens da União os recursos minerais, inclusive os do subsolo". Porém, uma coisa é a competência para licenciar ambientalmente a atividade minerária, outra coisa, é a licença para pesquisar o recurso mineral. Para extrair o minério, a tal famosa "concessão de lavra". Esta licença é outorgada por quem detém o domínio, no caso, a União. (BRASIL, 2020).

Diante do contexto do desastre de Brumadinho e as consequências jurídico-ambientais, ao redirecionar para a questão dos crimes ambientais, convém evidenciar preliminarmente, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Pois os crimes ambientais estão positivados na Lei nº 9.605 98 e, esta Lei, positivou a possibilidade de isto acontecer.

Referente aos crimes que eventualmente tenham sido cometidos no caso de Brumadinho, o primeiro deles, é o crime de poluição, que está tipificado no artigo 54 da Lei Nº 9.605 98: “Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar [...] pena: reclusão, de um a quatro anos, e multa”. (BRASIL, 2020).

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgado RESP 1.417.279-SC, sinalizou que, o crime ambiental de poluição é meramente formal. A potencialidade de causar danos ambientais, por si só, justifica a formulação da denúncia. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou que, não precisa de perícia, esse argumento estava sendo muito utilizado pelos advogados para tentar trancar a ação penal por atipicidade do fato e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) não está aceitando esse argumento do jeito que ele vem sendo utilizado. O artigo 69-A, na Lei nº 9.605 98, dispõe: “Elaborar ou apresentar, no licenciamento, estudo, laudo ou relatório de impacto ambiental totalmente ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão. Pena: reclusão de 3 a 6 anos e multa”.

A omissão é quanto ao conteúdo do estudo de impacto ambiental, que tem um conteúdo mínimo, devendo tratar não somente dos aspectos ambientais, mas também, dos aspectos sociais e econômicos. Neste caso, se o Ministério Público conseguir comprovar que houve de fato a violação desse tipo penal, é possível formular denúncia também pelo exposto no crime do artigo 69-A. Os inquéritos foram instaurados pela Polícia Judiciária e quando eles forem concluídos, vão para o Ministério Público, que é o titular exclusivo da ação penal.

Em se tratando de dano ambiental não há que se falar em prescrição. O julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) de 2014, RESP 1.374.284 (Teoria do Risco Integral), que trata do rompimento da barragem em Cataguases, em Minas Gerais, no ano de 2007, sendo aplicado neste julgado, a teoria do risco integral, dispondo que, para se pleitear

indenização por dano material e a reparação por dano moral, em se tratando de dano da área ambiental, basta comprovar o nexo causal e o dano. E mais ainda, afirma o Superior Tribunal de Justiça (STJ), que com o uso da Teoria do risco integral, não vai caber ao réu, utilizar dirimentes da exclusão da responsabilidade civil, ou seja, argumentos como chuva e terremoto, serão inúteis para a defesa da empresa.

Não é somente contra a VALE que pode-se propor ação pleiteando indenização e reparação por dano moral. Sendo a VALE poluidora direta², pode-se utilizar essa ação contra ela e, em solidariedade³ passiva, contra quem for o poluidor indireto, ou seja, quem teria que fiscalizar e não fiscalizou.

Segundo a Lei nº 7.347-85, em seu artigo 5º 4, pode-se ajuizar uma ação civil pública: o Ministério Público, a Defensoria Pública, o próprio Município de Brumadinho, os demais entes federados. Mas, se fosse ação civil, que tem em seu objeto a defesa do meio ambiente, qualquer cidadão⁵ de forma individual, poderá ajuizar uma ação popular.

O pedido de uma ação⁶ desta, pode englobar na responsabilidade civil, a indenização por dano material, dano emergente, lucro cessante, o que razoavelmente deixou de ganhar, como também, dano moral. Há julgados da jurisprudência pacífica em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) conclui que é possível pleitear dano moral coletivo. O dano moral é

2 Lei Nº 6.938-81, art. 3º, IV: “Entende-se por poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental.” (BRASIL, 2020)

3 Art. 264, do Código Civil: “Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigação, à dívida toda”. (BRASIL, 2020)

4 Lei Nº 7.347-85, art. 5º: “Tem legitimidade o MP, a Defensoria Pública, os entes federados, e associações ambientais”. (BRASIL, 2020)

5 CF 88, art. 5º, LXXIII, “Qualquer cidadão é parte legítima pra propor ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”. (BRASIL, 2020)

6 Lei 6.938-81, art. 14, §1º: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”. (BRASIL, 2020)

a lesão dos atributos do direito da personalidade e, em se tratando da personalidade, tem vários atributos. Pode-se pleitear indenização por dano material e reparação por dano moral, somente quando se afeta o meio ambiente ou terceiros, que hoje é totalmente inaceitável.

Considerando o aumento do número de casos de danos ambientais no Brasil, a presente análise reúne informações com o intuito de obter foco mais abrangente, buscando entender a realidade, em virtude da ampla discussão e de seu amplo crescimento significativo em diversas regiões do Brasil.

3 O meio ambiente na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente o intuito de assegurar a todos existência digna, bem como, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado por ser essencial à sadia qualidade de vida, mas não deixando de impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e proteger o meio ambiente, tanto para os presentes, quanto para as gerações futuras.

O disposto no parágrafo anterior está previsto no *caput* dos artigos 170 e 225 da Constituição Federal de 1988. Posto isto, o *caput* do artigo 170 expõe que, 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, mas não deixando de observar alguns princípios, dentre eles, o disposto no inciso 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; (Redação dada pela EC 42/2003).

Em relação ao disposto no inciso VI, do artigo 170, da Constituição Federal de 1988, a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) nº 3.580, sendo o seu relator o Ministro Celso de Melo, em um trecho, explica com

clareza a necessidade e a importância de manter em harmonia a atividade econômica e a preservação do meio ambiente:

A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]

Ante o exposto, é imprescindível dizer que a prática da atividade econômica depende do uso da natureza. E muitas das vezes a gravidade da degradação ambiental é irreversível, portanto, perpetuamente serão importantes a cautela e a prudência da humanidade a frente da natureza junto ao desenvolvimento econômico, pois estamos tratando de vidas, sejam elas humanas ou não.

No tocante ao exposto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988, evidencia o princípio do desenvolvimento sustentável, como também, determina a preservação, proteção e recuperação do meio ambiente para que haja uma condição de vida sadia para as atuais e futuras gerações.

Neste mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF) em uma de suas decisões evidenciou a importância deste artigo:

A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CRFB/1988, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CRFB/1988, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTAVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito a entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [ADI 3.540 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 1º-9-2005, P, DJ de 3-2-2006.]

Posto isto, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, em seu §1º, I, dispõe que, para assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incumbe ao Poder Público, preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas. Neste seguimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu recentemente a favor da preservação dos recursos hídricos, para não colocar em risco a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Segue ementa:

EMENTA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PEDIDO DE LIMINAR. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. RESOLUÇÃO CONAMA Nº 500/2020. REVOGAÇÃO DAS RESOLUÇÕES NºS 84/2001, 302/2002 E

303/2002. LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS DE IRRIGAÇÃO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE DE RESERVATÓRIOS ARTIFICIAIS E REGIME DE USO DO ENTORNO. PARÂMETROS, DEFINIÇÕES E LIMITES DE ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM GERAL. SUPRESSÃO DE MARCOS REGULATÓRIOS AMBIENTAIS. APARENTE RETROCESSO. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. REFERENDO. 1. A mera revogação de normas operacionais fixadoras de parâmetros mensuráveis necessários ao cumprimento da legislação ambiental, sem sua substituição ou atualização, compromete a observância da Constituição, da legislação vigente e de compromissos internacionais. 2. A revogação da Resolução CONAMA nº 284/2001 sinaliza dispensa de licenciamento para empreendimentos de irrigação, mesmo que potencialmente causadores de modificações ambientais significativas, a evidenciar graves e imediatos riscos para a preservação dos recursos hídricos, em prejuízo da qualidade de vida das presentes e futuras gerações (**art. 225**, caput e § 1º, I, da **CF**). A revogação das Resoluções nºs 302/2002 e 303/2002 distancia-se dos objetivos definidos no **art. 225** da **CF**, baliza material da atividade normativa do CONAMA. Aparente estado de anomia e descontrole regulatório, a configurar material retrocesso no tocante à satisfação do dever de proteger e preservar o equilíbrio do meio ambiente, incompatível com a ordem constitucional e o princípio da precaução. Precedentes. Aparente retrocesso na proteção e defesa dos direitos fundamentais à vida (**art. 5º**, caput, da **CF**), à saúde (**art. 6º** da **CF**) e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (**art. 225**, caput, da **CF**). Fumus boni juris demonstrado. 3. Elevado risco de degradação de ecossistemas essenciais à preservação da vida sadia, comprometimento da integridade de processos ecológicos essenciais e perda de biodiversidade, a evidenciar o periculum in mora. 4. Liminar deferida, ad referendum do Plenário, para suspender os efeitos da Resolução CONAMA nº 500/2020, com a imediata restauração da vigência e eficácia das Resoluções CONAMA nºs 284/2001, 302/2002 e 303/2002. 5. Medida liminar referendada. **[Grifo do autor]** [ADPF 747 MC-Ref / DF - Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 30/11/2020 - Publicação: 10/12/2020]

Ademais, o inciso III, do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, prevê sobre a definição, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo que, qualquer alteração e supressão, só será permitida através de lei, ficando vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

Com isso, recentemente, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente o pedido para, sem pronunciamento de nulidade, declarar a inconstitucionalidade da Medida Provisória nº 558/2012, convertida na Lei nº 12.678/2012, uma vez que, as alterações promovidas por esta lei, importaram alteração nos espaços territoriais protegidos e conseqüentemente, diminuição da proteção dos ecossistemas. Segue trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.717:

As medidas provisórias não podem veicular norma que altere espaços territoriais especialmente protegidos, sob pena de ofensa ao art. 225, inc. III, da Constituição da República. As alterações promovidas pela Lei 12.678/2012 importaram diminuição da proteção dos ecossistemas abrangidos pelas unidades de conservação por ela atingidas, acarretando ofensa ao princípio da proibição de retrocesso socioambiental, pois atingiram o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado previsto no art. 225 da Constituição da República. [ADI 4.717, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-4-2018, P, DJE de 15-2-2019.]

Em continuação, o inciso VII, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dispõe em relação a proteção da fauna e da flora, sendo vedadas, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provocando a extinção de espécies ou que submetam os animais a crueldade. No ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF), julgou procedente o pedido formulado para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a “vaquejada” como atividade

esportiva e cultural, dando assim, a devida observância ao disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Acompanha texto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983:

A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do art. 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada "vaquejada". [ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, j. 6-10-2016, P, DJE de 27-4-2017.]

Subsequentemente, o § 3º, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, prevê as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente que sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Neste viés, o Supremo Tribunal Federal (STF), foi favorável à fixação da seguinte tese de Repercussão Geral: “É imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental”, fazendo menção ao §3º do artigo 225 da Carta Magna. Segue trecho do Recurso Extraordinário 654.833:

A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. [RE 654.833, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2020, P, DJE de 24-6-2020, Tema 999.]

Além disto, o § 4º, do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, cita a Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira como patrimônios nacionais e a utilização destes, deverão ser dentro das condições que assegurem a

preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF), em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, revelou a importância de regulamentar a utilização das terras na Floresta Amazônica. Acompanha trecho:

Revela-se de importância ímpar a promoção de regularização fundiária nas terras ocupadas de domínio da União na Amazônia Legal, de modo a assegurar a inclusão social das comunidades que ali vivem, por meio da concessão de títulos de propriedade ou concessão de direito real de uso às áreas habitadas, redução da pobreza, acesso aos programas sociais de incentivo à produção sustentável, bem como melhorando as condições de fiscalização ambiental e responsabilização pelas lesões causadas à Floresta Amazônica. O artigo 4º, §2º da Lei nº 11.952/2009 vai de encontro à proteção adequada das terras dos remanescentes de comunidades quilombolas e das demais comunidades tradicionais amazônicas, ao permitir interpretação que possibilite a regularização dessas áreas em desfavor do modo de apropriação de território por esses grupos, sendo necessária interpretação conforme aos artigos 216, I da Constituição e 68 do ADCT, para assegurar a relação específica entre comunidade, identidade e terra que caracteriza os povos tradicionais. Exige interpretação conforme à Constituição a previsão do artigo 13 da Lei nº 11.952/2009, ao dispensar a vistoria prévia nos imóveis rurais de até quatro módulos fiscais, a fim de que essa medida de desburocratização do procedimento seja somada à utilização de todos os meios eficazes de fiscalização do meio ambiente, como forma de tutela à biodiversidade e inclusão social dos pequenos proprietários que exercem cultura efetiva na área. [ADI 4.269, rel. min. Edson Fachin, j. 18-10-2017, P, DJE de 1º-2-2019.]

Dessa forma, conclui-se que, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988, dispõe que é direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, por isto, é de suma importância impor limites ao uso dos bens

naturais ainda existentes, pois não há dúvidas de que a liberdade de ação de cada geração é condicionada pelas necessidades das gerações futuras.⁷

4 A lei nº 9.605/98 como mecanismo de proteção ao meio ambiente

O histórico legislativo ambiental brasileiro teve seu primeiro marco com a Lei nº 6.938/81, que versou acerca da Política Nacional do Meio Ambiente; logo após, a Lei nº 7.347/85, que estabeleceu as bases da Ação Civil Pública, como instrumento processual destinado, primordialmente, à defesa dos interesses difusos e coletivos, sobretudo, no tocante àqueles relacionados ao meio ambiente; seguidamente, a Constituição Federal de 1988, trouxe um marcante posicionamento ambiental em seu texto; por fim, a Lei nº 9.605/98, que estabelece sanções penais, objetivando punir infratores, que causem danos ao meio ambiente, sendo esta lei, a mais importante e uma das últimas referências legislativas de proteção ambiental brasileira.

A Lei de Crimes Ambientais tem como objetivo majoritário, preencher as lacunas existentes na legislação ambiental brasileira, com relação ao âmbito penal, sendo assim, os administradores, como o Ministério Público, por exemplo, possui ferramentas para a proteção ambiental. Contudo, o objetivo da Lei de Crimes Ambientais, não é somente suprir as lacunas, mas também, conter os danos causados ao meio ambiente e prevenir para que os mesmos não ocorram.

A partir da edição da Lei de Crimes Ambientais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entendeu que os crimes cometidos contra o meio ambiente possuem disciplina própria, mas não definiu ainda, o órgão que terá competência para processar e julgar os crimes ambientais. Segue decisão:

⁷ Vide Carta da Terra. Princípio 4.a.

A partir da edição da Lei n. 9.605/98, os delitos contra o meio ambiente passaram a ter disciplina própria, não se definindo, contudo, a Justiça competente para conhecer das respectivas ações penais, certamente em decorrência do contido nos artigos 23 e 24 da Constituição Federal, que estabelecem ser da competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proteger o meio ambiente, preservando a fauna, bem como legislar concorrentemente sobre essas matérias. Deve ser verificado se o delito foi praticado em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, a teor do disposto no artigo 109, IV, da Carta Magna, de forma a firmar ou não a competência da Justiça Federal. Tratando-se de suposta infração cometida em área particular, inexistente qualquer circunstância determinante de especial interesse da União, declara-se a competência da Justiça Estadual. (CComp 30.260/MG, Relator Ministro Fontes de Alencar, Relator p/ acórdão Ministro Paulo Gallotti, j. 22-2-2006, DJ, 14-6-2006).

Apesar deste entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no cenário jurisprudencial, ainda se discute sobre a Justiça competente para processar e julgar os crimes ambientais, como também, as lides decorrentes deste assunto, uma vez que, a Lei nº 9.605/98 não disciplinou acerca desta matéria.

Sendo assim, embora a Lei de crimes ambientais não verse sobre a jurisdição responsável pelas respectivas ações penais, há uma abordagem acerca dos crimes, infrações, sanções penais e demais disposições legais. Sendo estas, divididas em títulos e subtítulos, para tratar de forma harmônica à aplicabilidade e efetividade desta norma.

4.1 Dos crimes contra o meio ambiente e suas sanções penais

A Lei nº 9.605/98 dispõe em seu texto, através de capítulos, os tipos de crimes ambientais, bem como as sanções penais correspondentes, que gerou tanto manifestações favoráveis, quanto desfavoráveis. Posto isso,

passaremos a dissertar acerca dos crimes capitulados na Lei de crimes ambientais, com o intuito de demonstrar a abrangência penal tipificada.

Os crimes contra a fauna estão dispostos na Seção I, nos artigos 29 a 37 da Lei nº 9.605/98, podendo também, ser encontrados no Código de Pesca e no Código de Caça. Estará cometendo um dos crimes contra a fauna, quem matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem permissão, autorização do órgão competente, licença ou estiver em desacordo com a obtida, em concordância com o artigo 29, da Lei nº 9.605/98. As penas para os crimes contra a flora poderão variar de detenção de seis meses e multa até cinco anos de reclusão, podendo estas, serem aumentadas pela metade ou em até o triplo, de acordo com o artigo 29, §4º e §5º, da Lei de crimes ambientais.

Conforme exposto no artigo 37, da Lei nº 9.605/98, não será considerado crime se a morte do animal se der em estado de necessidade do agente (para saciar sua fome e de sua família), para proteger lavouras (desde que seja legal e autorizado expressamente pela autoridade competente) ou por ser nocivo o animal, desde que seja caracterizado pelo órgão competente.

No tocante aos crimes contra a flora, estes estão disciplinados na Seção II, nos artigos 38 a 53, da Lei nº 9.605/98. Importante destacar que, o legislador albergou a maioria das contravenções florestais da Lei nº 4.771/65 (antigo Código Florestal), transformando-as em crimes e impondo aos infratores reprimendas mais intimidativas (MILARÉ, 2011, p. 1308).

Cometerá um dos crimes contra a flora, quem destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente; danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de

proteção, tendo a pena de detenção de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, podendo estas, serem reduzidas à metade, se o crime for culposo, de acordo com os artigos 38 e 38-A, parágrafo único, da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais).

Quanto aos crimes de poluição e demais, estão tipificados na Seção III, nos artigos 54 a 61, da Lei de Crimes Ambientais. Podemos destacar que, para ser considerado crime, o fato de causar poluição de qualquer natureza, não precisa necessariamente ter resultado em danos à saúde humana, provocando mortandade de animais ou a destruição significativa da flora, o próprio risco de que ocorra o dano é passível de punição, sendo esta, reclusão de um a quatro anos e multa, previsto no artigo 54, da Lei nº 9.605/98.

Além disso, nessa mesma Seção, também será crime, quando a pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais, forem realizadas sem autorização, licença, concessão ou permissão. E quando ocorrer a produção, processamento, importação, exportação e comercialização de produtos ou substâncias tóxicas, perigosas ou nocivas à saúde humana e ao meio ambiente. Como também, quem construir, reformar, ampliar ou fazer funcionar estabelecimentos, obras ou serviços com potencial risco de poluição. Ademais, quem disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas, também estará sujeito às penas estabelecidas na Lei de Crimes Ambientais. E por fim, nos crimes dolosos previstos nessa Seção, as penas serão aumentadas de um sexto até o dobro, de acordo com o artigo 58, da Lei nº 9.605/98.

Com relação aos crimes contra o Ordenamento Urbano e o Patrimônio Cultural, estes estão expostos na Seção IV, nos artigos 62 a 65, da Lei de Crimes Ambientais. Destacaremos sobre os crimes cometidos contra um meio ambiente artificial e cultural, sendo que, nesses âmbitos,

existem bens especialmente protegidos por lei, ato administrativo ou decisão judicial. Com isso, quem destruir, inutilizar ou deteriorar, arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar, como também, alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, terá pena de reclusão, de um a três anos, e multa, em concordância com os artigos 62 e 63 da Lei nº 9.605/98.

Nessa mesma Seção, incorrerá em crime, quem promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida, será punível com detenção, de seis meses a um ano, e multa. Como também, quem pichar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano, terá pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. E se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, terá a pena de seis meses a um ano de detenção e multa. Sendo importante destacar que, não constitui crime a prática de grafite realizada com o objetivo de valorizar o patrimônio público ou privado mediante manifestação artística, desde que consentida pelo proprietário, de acordo com o § 2º, do artigo 65 da Lei nº 9.605/98 de Crimes Ambientais.

Por fim, os crimes contra a Administração Ambiental, estão dispostos na Seção V, nos artigos 66 a 69 da Lei nº 9.605/98. Aqui, trataremos de crimes que impedem ou dificultam os órgãos competentes de exercerem suas funções administrativas em face do meio ambiente, podendo estes crimes, serem decorrentes de improbidade administrativa, tendo o sujeito

ativo a capacidade especial, que consiste no exercício da função pública, como também crimes comuns, cujo agente poderá ser qualquer pessoa. Dessa forma, os artigos 67 e 68 da Lei nº 9.605/98, tratam sobre os crimes cometidos por capacidade especial, portanto, o funcionário público que fizer afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental, terá a punibilidade de reclusão de um a três anos e multa. Tal como, o funcionário público que conceder licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público, será punido com detenção de um a três anos e multa.

Os artigos 68 a 69-A, dessa mesma Seção, disciplina sobre os crimes comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa. Portanto, quem deixar aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, como também, obstar ou dificultar a ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais, será punido com detenção, de um a três anos e multa. E aquele que, elaborar ou apresentar, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão, terá pena de reclusão, de três a seis anos, e multa. Podendo esta pena, ser aumentada de um terço a dois terços, se houver dano significativo ao meio ambiente, em decorrência do uso da informação falsa, incompleta ou enganosa.

Por último, levando em consideração a existência de diversos tipos de pessoas que cometem crimes ambientais, e que essas podem agir ou deixar de agir de diversas maneiras, a autoridade competente deverá observar, em concordância com o artigo 6º da Lei de Crimes Ambientais: a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas consequências para

a saúde pública e para o meio ambiente; os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental e a situação econômica do infrator, no caso de multa. Além disso, a Lei nº 9.605/98, estipulou em seus artigos 14 e 15, atuantes e agravantes, em relação a imposição de todas as penas supracitadas.

5. Análise crítica à luz da Lei nº 9.605/98 de Crimes Ambientais

Para finalizar o presente trabalho, é de suma importância a menção dos aspectos negativos da Lei de Crimes Ambientais, a fim de se obter uma resolução para estas problemáticas, como falhas de estrutura técnica, artigos insuficientes, tipificação penal indeterminada e normas penais em branco, causando assim, interpretações confusas e fortes debates que ainda não foram pacificados, dificultando julgamentos justos e distanciando a Lei de seu objetivo, no qual, é atribuir reprimendas para as condutas lesivas ao meio ambiente, a fim de se obter a preservação deste.

À vista disso, a Lei nº 9.605/98 possui diversas normas penais em branco, tendo como exemplo, o seu artigo 56, §1º, II, onde não descreve como as embalagens de agrotóxicos deveriam ser descartadas ou armazenadas. Vejamos a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

PROCESSO PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. CRIME AMBIENTAL. ART. 56, DA LEI Nº 9605/98. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NORMA PENAL EM BRANCO. DENÚNCIA OFERECIDA SEM A INDICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMPLEMENTAR. RECURSO PROVIDO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. A inicial acusatória enquadrava os fatos no art. 56, da Lei

9605/98, norma penal em branco, mas sem indicação da necessária legislação complementar. 3. É entendimento consolidado desta Corte que o oferecimento da denúncia sem a norma complementar constitui inépcia da denúncia, por impossibilitar a defesa adequada do denunciado. 4. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para determinar o trancamento da ação penal 0001436-37.2013.8.12.0031, sem prejuízo de oferecimento de nova peça acusatória. (HABEAS CORPUS Nº 370.972 - MS (2016/0240660-8 - RELATOR: MINISTRO NEFI CORDEIRO)

A supracitada corte, determinou o trancamento da ação penal por constituir inépcia da denúncia, tendo em vista que o artigo 56, da Lei nº 9.605/98, se trata de norma penal em branco, por isto, necessita de legislação complementar para possibilitar defesa apropriada do acusado. A Lei de Crimes Ambientais, contém tipos penais em aberto, ou seja, utilizou expressões imprecisas, como podemos analisar o artigo 32 da Lei nº 9.605/98, onde há o emprego de termos como “ato de abuso”, dificultando a interpretação. Consoante isso, Sirvinskas (2002) agrega:

Como interpretar a expressão “praticar ato de abuso”? Outro erro de técnica legislativa que deve ser evitado [...]. As agravantes dos §§ 1º e 2º trazem à baila uma questão delicada, pois poderão submeter um professor ou cientista ao constrangimento de se sujeitar ao processo judicial por estar fazendo experiência ‘dolorosa’ ou ‘cruel’ em animal vivo. Ora, como saber se a experiência é ‘dolorosa’ ou ‘cruel’? E se o cientista ou o professor utilizou anestésico para a realização da experiência? Nas faculdades há criações de animais (ratos e coelhos) para a realização de experiências e/ou dissecações com o intuito de ensinar aos alunos a arte da Medicina. Muitos desses animais são sacrificados na realização de experiências úteis à humanidade. Como punir nesses casos? Quais seriam os recursos alternativos? Não seria um exagero punir nessas situações? (SIRVINSKAS, 2002, p. 54-55).

Verificando-se uma amplitude ou imprecisão do ato incriminado. Como se não fosse o suficiente, o legislador, abusou da utilização

demasiada de termos técnicos dispensáveis, como “vegetação primária e secundária” (artigo 38, alínea “a”, da Lei nº 9.605/98). O doutrinador Marcelo Leonardo reforça sobre o excesso de aplicação destes termos:

Nas definições dos crimes ambientais o legislador usou e abusou da inserção de “elementos normativos do tipo”, exagerou no emprego de “normas penais em branco”, pendentes de complementação por “leis”, “regulamentos”, “normas”, “ato administrativo”, “decisão judicial”, “permissão”, “licença”, “autorização”, “parecer”, “registro”, “proibição”, além da utilização reiterada de conceitos imprecisos e fluídos, tais como “espécie rara”, “ato de abuso”, “recursos alternativos”, “dano indireto”, “especial preservação”, “níveis tais”, “destruição significativa”, “imprópria para ocupação humana” e “obrigação de relevante interesse ambiental”. (LEONARDO, 2002, p. 157).

Este emprego compulsivo de termos técnicos é desnecessário, pois dificulta a compreensão da referida Lei, considerando que a norma busca ser compreendida por todos, desta forma, os sujeitos passivos das sanções penais não terão clara ciência da conduta que se quer proibir, conseqüentemente, haverá interpretações diversas da pretendida pela Lei.

Além disso, vejamos a discrepância de algumas sanções constantes na Lei nº 9.605/98, tendo em mente a proporção do crime tipificado, assim como sua respectiva punição, através de um comparativo com outro dispositivo legal, o artigo 1º da Lei nº 9.613/98, em que prevê pena de três a dez anos, e multa para os crimes de ocultação de bens. Em contrapartida, logo na primeira seção dos tipos de crimes ambientais, “Dos Crimes contra a Fauna”, exatamente no artigo 29 da Lei nº 9.605/98, o legislador expressa pena de detenção de seis meses a um ano (crime de menor potencial ofensivo), além de multa, para o crime de caça ilegal contra espécies silvestres, “nativos ou em rota migratória”, o que é completamente incoerente com a realidade, demonstrando ser de grave

potencial ofensivo, visto que, este ato criminoso pode levar à extinção de espécies, o que não é novidade, desequilibrando todo um ecossistema.

É claro o atraso do ordenamento jurídico brasileiro a respeito do meio ambiente, pontualmente ao que tange à disciplina criminal (crime e sanção), no entanto, nossa Lei de Crimes Ambientais, não pode ser resumida em falhas e artigos incompletos, devemos enaltecer também, as qualidades e inovações advindas da Lei nº 9.605/98, para o sistema normativo jurídico do Brasil.

À vista disso, o artigo 4º da Lei nº 9.605/98, prevê a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente”, desse modo, quando for impossível a reparação do dano ao meio ambiente, pela razão de patrimônio afetado, como exemplo, poderá haver a desconsideração desta pessoa jurídica, assim como, prevê a liquidação forçada da pessoa jurídica que possui como objetivo, preponderante, a prática de crimes ambientais (artigo 24 da Lei nº 9.605/98).

A Lei de Crimes Ambientais, precisamente em seu artigo 20, explana sobre a possibilidade, sempre que viável, da sentença penal condenatória fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados ao meio ambiente ou ao prejudicado, que no qual, serviu como estímulo para a reforma ao Código de Processo Penal, estabelecida pela Lei nº 11.719/2008.

Diante de todo o exposto, uma possível solução para sanar as críticas e problemáticas apresentadas neste tópico, seria uma reforma considerável da Lei nº 9.605/98, para alimentar suas normas e/ou adequá-las a realidade atual, corrigindo imprecisões técnicas e terminologias desnecessárias, empregando penas mais justas em face ao crime praticado (considerando sua proporção). Esta reforma se faz

necessária, vislumbrando um cenário ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

6. Considerações finais

Conforme foi discorrido neste trabalho, o presente cingiu-se a análise da garantia de preservação do meio ambiente através do direito penal, consoante a Lei nº 9.605 de 1998, conhecida também como Lei de Crimes Ambientais.

Em seguida, foi realizada a contextualização histórica do direito ambiental brasileiro, demonstrando a evolução da legislação ambiental no Brasil com o passar dos anos, tal evolução se deu, diante de acontecimentos que destruíram o ecossistema brasileiro. Nesse viés, a Constituição Federal de 1988 criou dispositivos legais com o intuito de conceder ao meio ambiente uma proteção constitucional e assim, reger as condutas humanas na relação com a natureza. Além disso, foi criada a Lei nº 9.605 de 1998, com o escopo de corroborar com os dispositivos constitucionais e tratar dos tipos de crimes ambientais, bem como as sanções penais correspondentes.

Após a interpretação da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), que é utilizada como um dos principais instrumentos de proteção e preservação do meio ambiente, realizou-se uma análise das sanções penais estabelecidas por esta Lei, como também, os crimes contra o meio ambiente e o modo como são aplicadas as penas a estes crimes.

Diante disso, através de uma perspectiva jurídica e teórica, percebe-se que o Brasil possui mecanismos para a proteção e preservação do meio ambiente, através dos dispositivos legais que dispõe a Constituição Federal de 1988, como também, uma legislação para efetivar essa proteção ambiental, que é a Lei nº 9.605 de 1998.

Contudo, nota-se que tal proteção, não está de fato sendo alcançada, o exemplo disso, são os rompimentos das barragens de rejeitos, que ocasionaram os desastres em Mariana e Brumadinho, como também, as queimadas ocorridas no Pantanal Brasileiro. Esses acontecimentos, como diversos outros, acarretaram muitas consequências ao meio ambiente, à população brasileira e ao cenário econômico, aumentando assim, a distância da garantia ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Além disso, foram feitos apontamentos positivos e negativos a respeito da Lei nº 9.605 de 1998, como também, foi apresentado uma possível solução para enfrentar este triste cenário de degradação ao meio ambiente, que seria a reforma da Lei de Crimes Ambientais, visando suprimir as lacunas e adequar as normas de acordo com o cenário contemporâneo.

E por fim, conclui-se que a utilização desses dispositivos legais para se alcançar o meio ambiente ecologicamente equilibrado não está sendo suficiente, com isso, é necessário readequar estas normas de acordo com as necessidades atuais. Mas também, é indispensável efetivar mudanças em nossos comportamentos, valores e modos de vida, pois necessitamos com urgência, construir um mundo democrático, humano e ambientalmente equilibrado.

Referências

AMARAL, Sergio Ricardo do; ROCHA, Walney. **Não há dúvida sobre uma necessária reforma substancial na Lei Ambiental**. Consulto Jurídico. Publicado em: 22 set. 2017.

BRASIL. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01. dez. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal.** Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 nov. 2020.

BRASIL. **Lei Federal Nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 29 nov. 2020.

BRASIL. **LEI 7.347-85.** Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7347-24-julho-1985-356939-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BURSZTYN, Marcel; BURSZTYN, Maria Augusta. **Fundamentos de política e gestão ambiental: os caminhos do desenvolvimento sustentável.** Rio de Janeiro. Editora Garamond, 2012.

CARTA DA TERRA. Disponível em: <http://www.cartadaterrabrasil.com.br/prt/Principios_Carta_da_Terra.pdf>. Acesso em: 14 março. 2021.

FILARD, Mariana Faria; COSTA, Maria Rosineide Da Silva. **A Tutela Penal do Meio Ambiente: Considerações à Lei 9.605/98.** In: XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA DIREITO AMBIENTAL E SOCIOAMBIENTALISMO I. Apresentado em 2015 - Florianópolis – Santa Catarina-SC. Editora CONPEDI, 2015.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. **Repensando o estado de direito ambiental: Pensando o Direito no Século XXI.** vol. 3. Florianópolis. Editora Fundação Boiteux, 2012.

LEONARDO, M. **Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal.** Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, v. 10, n. 37, p. 153- 167, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, Tamara do Amaral de. **A Preservação do Meio Ambiente Através do Direito Penal**. Apresentado em 2015. 78 páginas. UNIJUÍ - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande Do Sul. Ijuí/RS, 2015.

RESP 1.374.284. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.374.284 - MG (2012/0108265-7)**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1344503&num_registro=201201082657&data=20140905&formato=PDF>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de Direito Ambiental**. 6 ed. rev. ampl. e atual. Salvador. Juspodivm, 2016.

SIRVINSKAS, L. P. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOBRE A VALE. **Quem somos**. Disponível em: <<http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 02 abril 2021.

STF **ADI 4.717**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 5-4-2018, P, DJE de 15-2-2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749158743>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

STF **ADI 4.983**, rel. min. Marco Aurélio, j. 6-10-2016, P, DJE de 27-4-2017. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

STF **ADPF 101**, rel. min. Cármen Lúcia, j. 24-6-2009, P, DJE de 4-6-2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em: 13. mar. 2021.

STF **ADPF 747** MC-Ref / DF - Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 30/11/2020- Publicação: 10/12/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur438120/false>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

STF **ADI 4.269**, rel. min. Edson Fachin, j. 18-10-2017, P, DJE de 1º-2-2019. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749032559>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

STF **RE 548-181. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 548.181 PARANÁ.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7087018>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

STF **RE 654.833**, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 20-4-2020, P, DJE de 24-6-2020, Tema 999. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077366>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

STJ **ERESP 1.417.279-SC** Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1698406&num_registro=201303738089&data=20180420&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez. 2020.

STJ **HC 370972 / MS HABEAS CORPUS 2016/0240660-8** - Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=LEI+9605%02F98&b=A COR&p=false&l=10&i=7&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 24 abril 2021.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VARELA, Luciana Krempel. **As Tutelas Constitucional e Penal do Meio Ambiente**. Revista de Estudos Politécnicos. Revista vol. VIII, nº 13. Publicado em: 30 jun. 2010.

Capítulo 9

A violência doméstica como fator gerador para o feminicídio

*Juliana Batista da Silva
Mariana Luiza Santos Lopes
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

A violência doméstica, apresenta-se em diversas famílias brasileiras, onde se percebe que um dos fatores da falta de denúncias, é o medo apresentado pelas vítimas, em decorrência dessa violência sofrida. A Lei nº 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, foi intitulada por esse nome, derivada de uma violência sofrida, por Maria da Penha Maia Fernandes, que depois de alguns anos casada, o seu marido efetuou um disparo pelas costas, no qual a deixou paraplégica. O curso do processo foi longo e árduo, porque não existia na época leis específicas, a efetiva punibilidade do agressor, só veio de fato em 2002, efetivamente 19 anos após o fato, que ocorreu em 1983.

A Lei nº 11.340/06 conhecida popularmente como Lei Maria da Penha, antes de ser sancionada, passou por longos anos de discussão, tanto nacionalmente, quanto internacionalmente. Maria da Penha e sua defesa jurídica, buscaram amparo internacional, para que fosse reconhecido o crime praticado, pelo seu ex-marido. Eles denunciaram o caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA).

Após anos de esforços, debates, e advertências estrangeiras dirigidas ao governo Brasileiro, a lei foi sancionada pelo então presidente Sr. Luiz Inácio Lula da Silva, em 07 de agosto de 2006, sob o nº 11.340/06. Como

intitula a lei, a violência doméstica, é caracterizada como qualquer omissão ou ação baseada no gênero que lhe cause morte, lesão ou sofrimento físico, sexual, psicológico ou danos, de acordo com o artigo 5º da Lei nº 11.340, de 2006.

A prática da violência doméstica, poderá ocorrer por diversos modos, podendo ser psicológica, moral, patrimonial, sexual ou física. Algumas mais sutis, outras mais visíveis. Essa distinção, de cada tipo de violência se faz abrir um vasto caminho de dificuldades enfrentadas pelas mulheres, que se encontram inseridas nessa violência.

No decorrer do artigo, será tratado sobre o feminicídio, onde será observada sua origem e sua conceituação, verificando seu sujeito ativo e passivo, as hipóteses de homicídio qualificado, se sua qualificadora é objetiva ou subjetiva. Será abordada a proteção às mulheres vítimas de violência doméstica, políticas internacionais de proteção, e o estudo da Lei Maria da Penha como uma das leis, mais importantes nesse âmbito.

O estudo discorre sobre a violência praticada contra a mulher, por sua condição feminina, tendo em vista a alteração do artigo 121 do Código Penal Brasileiro, adicionando ao crime de homicídio a circunstância qualificadora de feminicídio. Isto posto, o artigo visa entender se a violência doméstica, é um dos fatores, ao resultado feminicídio.

2 Evolução histórica da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006)

2.1 Antes do advento da Lei

No cenário brasileiro, a confrontação a violência contra a mulher, teve seu início a partir do reaparecimento do movimento feminista na década de 1970, quando o referido movimento assim como os movimentos de mulheres no contexto da redemocratização do País, intervieram, dentre outras ações, na denúncia dos crimes de homicídios de mulheres sobre o argumento de legítima defesa da honra (MEDEIROS, 2016).

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como “Maria da Penha”, foi criada para gerar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. Antes de sua criação, os homens, histórica e culturalmente agrediam indiscriminadamente suas companheiras sem receber as merecidas punições, pois eram enquadrados nos crimes de menor potencial ofensivo, não gerando um grande impacto para os agressores. Ainda assim, os crimes eram julgados por Juizados Especiais Criminais, conforme a Lei nº 9.099/95, onde são julgados crimes de menor potencial ofensivo, ou seja crimes com penas previstas inferiores a 2 anos, de acordo com o art.61 da referida lei:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL, 1995).

Nesta linha, anteriormente a lei Maria da Penha, as penas aplicadas eram mais brandas, e suas consequências seguiam a mesma linha, dentre elas, pode-se destacar que: 1. Não havia previsão de decretação de prisão preventiva ou flagrante do agressor; 2. A violência doméstica não era agravante de pena; 3. A mulher podia desistir da representação ainda na delegacia; 4. Agressores podiam ser punidos com penas mais brandas, e muita das vezes, essas penas eram convertidas em multas e doações de cestas básicas.

Como não havia instrumentos para afastar imediatamente a vítima do convívio do agressor no âmbito criminal, muitas mulheres que denunciavam seus companheiros por agressões ficavam à mercê de novas ameaças e agressões de seus companheiros. Dessa forma, não era raro que eles dissuassem as vítimas de dar continuidade ao processo. Muitas mulheres vítimas de violência doméstica são dependentes

economicamente, psicologicamente de seus companheiros, afastando cada vez mais uma punição efetiva ao agressor. Não havia previsão de assistência de mulheres nessa situação.

A legislação brasileira, no período anterior à Lei nº 11.340 do ano de 2006, constava com instrumentos legais e contraditórios referente à violência contra a mulher, pois a Lei nº 9.099 do ano de 1995 (Leis dos Juizados Cíveis e Criminais respectivamente) ao acrescentar a violência contra a mulher no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, “praticamente descriminalizou as violências mais comuns cometidas contra as mulheres por tais agentes – lesões corporais e ameaças, dentre outras”. (BARSTED, 2007).

2.2 Caso: Maria da Penha Maia Fernandes

A lei foi criada a partir da história que ocorreu com Maria da Penha Maia Fernandes, uma farmacêutica aposentada do estado do Ceará, que depois de sofrer inúmeras agressões do seu ex-marido, o colombiano naturalizado brasileiro Marco Antônio Heredia Viveros, resolve se divorciar e denunciá-lo à polícia (GENTIL, 2008).

Em maio de 1983, com trinta e oito anos de idade, estava trabalhando no Instituto de Previdência do Ceará e cuidando de suas três filhas, quando foi alvejada por tiros os quais foram proferidos pelo seu marido enquanto estava dormindo em sua residência. Marco Antônio, para acobertar a tentativa de homicídio, simulou um roubo em sua própria casa (GENTIL, 2008).

Maria da Penha se submeteu a diversas cirurgias e por causa do tiro, ficou com paraplegia irreversível. Após retornar para sua residência, foi vítima de mais uma tentativa de homicídio, enquanto tomava banho o seu ex-marido tentou eletrocutá-la, além de mantê-la em cárcere privado na sua própria casa. Foi nesse momento, que com ajuda da família, conseguiu

autorização judicial para abandonar o lar com as suas três filhas menores de idade no mês de outubro daquele mesmo ano (MAZZUOLI; BIANCHINI, 2009).

No início do ano seguinte, Maria da Penha dá seu primeiro depoimento à polícia, seguido de apresentação penal pelo Ministério Público no mês de setembro. Mas somente em outubro de 1986 que a juíza aceitou a sua denúncia e em maio de 1991, Marco Antônio vai a Júri Popular, sendo condenado a quinze anos de prisão (GENTIL, 2008). Os advogados de defesa do agressor impetraram recursos, o Tribunal de Justiça do Ceará rejeitou um dos recursos em abril de 1995 e solicitou novo julgamento. Em maio, o Tribunal de Alçada Criminal do Ceará anula o primeiro julgamento argumentando que as perguntas aos jurados foram mal formuladas.

Em março de 1996 ocorre novo julgamento, onde Marco foi condenado por dez anos e seis meses de prisão. Ocasão na qual a defesa interpõe novamente recurso, mesmo sendo a medida intempestiva. Ainda assim, o Tribunal de Alçada acolheu o recurso que alegava que o réu fora julgado a despeito das provas dos autos, anulando o segundo julgamento (GENTIL, 2008). A impunidade de seu agressor fez com que a vítima (Maria da Penha) procurasse justiça em outros órgãos de competência legítima e em setembro do ano de 1997, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) recebe petição sobre o caso (OEA, 1994).

Em agosto do ano de 1999, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher pedem à OEA que aceite as denúncias contra o Brasil e a Comissão 15 Interamericana de Direitos Humanos da OEA adverte o governo brasileiro (OEA, 1994). No mês de outubro de 2000, a Comissão da OEA aprova o relatório sobre o caso e não houve qualquer manifestação

do governo brasileiro. Em março do ano seguinte, a OEA reencaminha o relatório ao Brasil dando prazo final de 30 dias para pronunciamento (OEA, 1994).

Em abril, as denúncias são aceitas e o relatório passa a ser público, exigindo-se providências por parte do governo brasileiro. No mês de março do ano subsequente, há nova audiência sobre o caso na OEA e o governo finalmente apresenta considerações, comprometendo-se a cumprir as recomendações da Comissão (OEA, 1994).

Foi apenas após 15 dias da segunda reunião da OEA, em setembro de 2002 que Marco Antônio Heredia Viveros finalmente é preso. Em 2002 foi inicialmente promovida a elaboração da lei de violência doméstica e familiar contra as mulheres, por uma articulação envolvendo, em sua maioria, feministas operadoras do direito de diversas ONGs e instituições. Essa articulação denominada de Consórcio de ONGs elaborou uma proposta de lei de enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres retratada na Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994).

A Lei nº 11.340 “Lei Maria da Penha” foi aprovada em 07 de agosto de 2006 por unanimidade no Congresso Nacional, e sancionada pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, imediatamente criando mecanismos para prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres que estiverem em situação de violência (BARSTED; LAVIGNE, 2006).

2.3 Depois do advento da Lei nº 11.340 de 2006

Após a sanção da Lei nº 11.340/06, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, a perspectiva das mulheres, inseridas nesse contexto, e a população que acompanhava os casos de violência contra as mulheres, era de que com a lei, o cenário seria diferente, trazendo um

amparo maior as vítimas. A implantação da lei, trouxe consigo diversas mudanças e avanços, em comparação a anterioridade da lei. O 1º artigo da lei, já enumera diversas mudanças:

Art.1º - Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar. (BRASIL, 2006).

Com a vigência da nova lei, essa competência dos julgamentos foram deslocados. Anteriormente eram julgados em juizados criminais, como crimes de menor potencial ofensivo, sem uma verdadeira viabilidade e praticidade de seus julgamentos e condenações. Agora, após a lei, ficam responsáveis pelos casos os novos juizados especializados de violência doméstica e familiar contra a mulher, e caso a comarca não detenha o juizado especializado, será julgado pelo juizado comum. E essa criação dos juizados especializados, deu uma maior eficiência a aplicação dos novos termos, impostos ao ofensor/agressor, buscando trazer uma maior efetividade a assistência e proteção as mulheres em situação de violência doméstica. A lei Maria da Penha, também alterou o Código Penal Brasileiro, colocando em seu art.129, §9º, a lesão corporal, qualificando como violência doméstica:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda,

prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (BRASIL,1940).

Essa alteração, colocou que a lesão corporal proferida contra pessoas do seu meio doméstico, é um agravante da pena, em 1/3 (um terço). Isto posto, entende-se que as punições serão com maior efetividade e rigor aos ofensores. Outrora, não existiam medidas preventivas específicas para mulheres inseridas no contexto de violência doméstica, e de proteção integrada as mulheres. Após a lei, fora determinadas políticas de prevenção e proteção as mulheres, que se encontravam inseridas nesse âmbito de violência doméstica. Dispõe o artigo 8º da Lei nº 11.340/06 que:

Art. 8º A política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: [...]

IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;

V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;

VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher; (BRASIL, 2006).

Ou seja, após a lei houve a criação de diversos meios, de políticas públicas e prevenção contra a violência doméstica, buscando-se a equidade de gênero para todos. Um fator importante, é que mulheres inseridas

nesse contexto, serão inscritas em programas governamentais de assistência, desse modo busca-se que a mulher tenha independência, e não se sinta inibida pelo ofensor.

Anteriormente a Lei Maria da Penha, as denúncias, o amparo a vítima de violência doméstica, não eram realizadas com tanta cautela e rigor. Posteriormente, a vítima passou a ser vista como a parte vulnerável do caso, onde a autoridade policial, ao dar início, buscara todas as medidas necessárias e cabíveis, para um melhor atendimento a vítima. Sendo tais como: atendida por policial feminina se possível; resguardada sua integridade física; não colocando ela em contato direto com o agressor; transporte para hospital caso necessário; acompanhamento para retirada de seus pertences, tudo conforme os artigos 10 e 11 e seus incisos da Lei nº 11.340/06.

Conforme art. 12 e incisos da Lei nº 11.340/06, a autoridade policial deverá colher o depoimento e dar prosseguimento ao caso, e remeter no prazo de 48 horas, com pedido da ofendida, expediente apartado, requerendo medidas protetivas de urgência. Entende-se que, caso necessário e a vítima desejar, poderá requerer medidas protetivas, que visam a segurança dela, podendo ser requerido o afastamento do lar, distância mínima e outros meios, sendo possível a prisão preventiva do agressor.

As medidas protetivas de urgência, estão dispostas no Capítulo II, da lei Maria da Penha, onde há a previsão da assistência do estado, para com a vítima, e também com sua família, se necessário. De acordo com o art. 19 da Lei nº 11.340/06, as medidas protetivas poderão ser concedidas de imediato, tanto a pedido da parte, quanto do Ministério Público. Os ofensores, poderão sofrer as penalidades, conforme art. 22 da Lei nº 11.340/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

VI - comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação;

VII - acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. (BRASIL, 2006).

Isto é, as medidas protetivas de urgência, a segurança daquela vítima, fazendo que o agressor, se mantenha afastado, para evitar qualquer fatalidade. E caso ocorra o descumprimento das medidas impostas, poderá o ofensor ser preso de 3 meses a 2 anos, conforme art. 24-A. Pode-se observar, que a Lei Maria da Penha, trouxe consigo uma visão de amparo as vítimas, onde, antigamente não era percebido, tentando trazer uma segurança e efetividade maior as mulheres, inseridas nesse contexto. Conforme diz, Almeida:

Apesar de não ter criado novos tipos penais, a Lei Maria da Penha trouxe visibilidade à violência no interior dos lares brasileiros, que até então era

muitas vezes vista como algo normal, além de criar uma rede institucional de prevenção de agressões e proteção a essas mulheres. (ALMEIDA, 2020, p. 138).

Entretanto, mesmo após a criação da Lei Maria da Penha, os casos de violência doméstica, continuaram aparecendo, mesmo tendo diversas diretrizes e punições previstas. De acordo com o Atlas de violência de 2020 do Governo Federal, “Entre 2008 e 2018, o Brasil teve um aumento de 4,2% nos assassinatos de mulheres”, ou seja, entende-se que mesmo com a Lei Maria da Penha, as mulheres sofrem violências domésticas, e algumas dessas violências, acabam chegando ao ponto extremo, resultando a morte dessas vítimas. Destarte, a criação da Lei Maria da Penha, trouxe consigo grandes avanços, em referência ao que era antes, mas a violência doméstica ainda é uma característica existente, em parte das famílias brasileiras.

3 Violência doméstica: tipos de violência

3.1 Considerações gerais

A violência doméstica, é uma espécie de violência arraigada em muitas culturas e famílias, onde seu principal objetivo é a opressão e demonstração de “força” sobre o mais fraco, nesse aspecto a mulher. Esse sentimento de que a mulher é submissa ao homem, é algo cultural, que as vezes podem ser encontrados em pequenos detalhes, e nesse contexto de forma geral, o homem se sente melhor, superior a mulher, e concluindo que a violência seria o caminho correto. Conforme a Lei 11.340/2006 destaca:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...] (BRASIL, 2006).

A violência doméstica, não se resume apenas na violência física, ela pode ser proferida de diversas formas e situações, onde preferencialmente ocorrem em ambientes privados, dentro de casa, onde a vítima, em vários casos não conseguem se defender, ou denunciar a violência sofrida, muita das vezes por medo e insegurança, do que poderá ocorrer após essa denúncia. Após o advento da lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06, foram criadas mecanismos para que fosse coibida esse tipo de violência, mas mesmo após a lei, com medidas protetivas e outros meios, ainda é realidade a violência doméstica, em todos os seus modos.

3.2 Tipos de violência doméstica

A Lei nº 11.340/2006, conhecida como lei Maria da Penha, no intuito de facilitar a identificação dos tipos de agressões, em seu artigo 7º, descreve formas de violência doméstica contra a mulher, como sendo, dentre outras: violência física, pela prática de atos que ofendam a sua saúde ou integridade física; violência psicológica, por condutas que lhes causem qualquer forma de danos emocionais; violência sexual, por qualquer forma de constrangimento a presenciar, manter ou a participar de relação sexual não desejada; violência patrimonial, por atos que restrinjam ou impeçam o uso de seus bens, direitos e recursos financeiros, bens ou documentos pessoais ou de trabalho; e, violência moral, caracterizada por atos que configurem calúnia, difamação ou injúria.

Uma pesquisa do Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) de 2014 mostra que a convivência com essa violência é socialmente aceita. Na pesquisa “tolerância social à violência contra as mulheres”, 63% dos entrevistados concordam, de forma parcialmente ou total (REIF, 2021), que “casos de violência dentro de casa devem ser discutidos somente entre os membros da família”, enquanto 82% consideram que “em briga de

marido e mulher não se mete a colher” (REIF, 2021). Já 65% acreditam que “mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar” (REIF, 2021). Segundo o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006 são formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

- I – a violência física, [...]
- II – a violência psicológica [...]
- III – a violência sexual, [...]
- IV – a violência patrimonial, [...]
- V – a violência moral, [...] (BRASIL, 2006).

E a violência não se restringe apenas a ação. Quem se omite também pode ser responsabilizado pela lei. Ser conivente, fingir que não viu ou se omitir diante de uma agressão também é considerado uma forma de praticar violência. O agressor pode ser qualquer pessoa com quem a mulher tenha uma relação íntima de afeto, prevê a Lei Maria da Penha – que criou mecanismos para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres. Por conta disso, independe de vínculo de parentesco e inclui marido ou esposa, namorado(a), ex-companheiros(as), pai ou mãe, padrasto ou madrastra, irmã(o), sogro(a), entre outros.

3.2.1 Violência Física

A violência física, é a violência mais conhecida e presente no âmbito da violência doméstica, gerando uma maior visibilidade dentre as outras espécies de violência. Acarretando um maior prejuízo as vítimas, que podem ser levadas a óbito, em detrimento da violência física sofrida. É uma violência punitiva, pois gera dor e medo as vítimas, e nesse aspecto o agressor disfe sua força contra a vítima, causando opressão e fragilidade a oprimida, que por conseguinte não tem coragem de denunciar, por receio de sofrerem novamente.

A violência física é aquela entendida como qualquer conduta que ofenda integridade ou saúde corporal da mulher. É praticada com uso de força física do agressor, que machuca a vítima de várias maneiras ou ainda com o uso de armas. Temos como exemplos de violência física o espancamento, atirar objetos, sacudir e apertar os braços, estrangulamento ou sufocamento, lesões com objetos cortantes ou perfurantes, ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo, tortura, entre outros.

3.2.2 Violência psicológica

A violência psicológica, geralmente e a violência que primeiro se instala na relação, e geralmente não é entendida como uma violência sofrida, apenas como um desentendimento normal. E com o passar do tempo, com a continuidade dos fatos, a vítima acaba se “desencontrado” do seu verdadeiro eu, e convivendo com traumas e se sentido insegura em relação a si mesmo. Qualquer conduta que cause danos emocional e diminuição da autoestima da mulher. Dessa forma a violência psicológica é inserida no convívio da vítima, sem ela ao menos se dar conta, de que está sendo violentada.

Como as agressões são consideradas por muitos como eventos normais na vida de um casal, as mulheres vítimas desse tipo de violência toleram a situação pagando um alto preço: sua saúde e, por vezes, a dos filhos. (ALMEIDA, 2017, p. 33).

Na violência psicológica, exemplificando alguns fatos que podem ocorrer, pode se encontrar as ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento (proibir de estudar e viajar ou de falar com amigos e parentes), vigilância constante, perseguição contumaz, insultos, chantagem, exploração, limitação do direito de ir e vir, ridicularização,

tirar a liberdade de crença, distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória e sanidade. Dessa forma, acarretando diversos problemas “invisíveis” para a vítima, que não consegue entender o que está vivendo é um tipo de violência.

3.2.3 Violência moral

A violência moral, é uma violência que está entrelaçada a violência psicológica. Entretanto a moral, está ligada aos crimes de difamação, calúnia ou injúria, no meio social da vítima. Entende-se por violência moral qualquer conduta que importe em calúnia, quando o agressor afirma falsamente que aquela praticou qualquer crime que ela não cometeu; difamação; quando o agressor atribui à mulher fatos que maculem a sua reputação, ou injúria, que é quando ofende a dignidade da mulher. Esse tipo de violência moral pode ocorrer também pela internet, nas redes sociais da vítima.

Na violência moral temos como exemplos: acusar a mulher de traição, emitir juízos morais sobre a conduta, fazer críticas mentirosas, expor a vida íntima, rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole, desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir.

3.2.4 Violência sexual

A violência sexual está baseada fundamentalmente na desigualdade entre homens e mulheres. O sexo historicamente é algo que se remete a força sobre o outro, destaca-se histórias de guerra que os soldados abusavam das mulheres dos inimigos, para demonstrar sua força sobre ele. Desde então, entende-se que o corpo da mulher é apenas para a satisfação masculina, o tornando como se fosse um objeto, e culturalmente a violência sexual é praticada e as vítimas não tem essa percepção sobre o

ocorrido, tendo a concepção que no casamento a mulher é obrigada a satisfazer a qualquer momento os prazeres do outro. A pressão psicológica as vezes proferida sobre a vítima, configura a violência sexual, que ela acaba cedendo por pressão do outro.

Na violência sexual existe o estupro, obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa, impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar, forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Destarte, entende-se que a mulher tem sua liberdade sexual garantida em lei, mantendo relações que ela tem a certeza da sua vontade sobre o ato praticado,

3.2.5 Violência patrimonial

A violência patrimonial pode ser exercida sobre a vítima, com a alegação que ele o agressor deverá administrar os bens, dinheiro da vítima alegando maior experiência. Pelo fato que o agressor possa não trabalhar e por não aceitar tal ato, queira controlar a qualquer custo a vida patrimonial da parceira, e dessa forma a proibindo de realizar atividades comuns, e trazendo prejuízos e atribuindo a ela a culpa de qualquer incidente, por indução ao erro e coação. Importa em qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de objetos pertencentes à mulher, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

Na violência patrimonial entende-se como: controlar o dinheiro, deixar de pagar pensão alimentícia, destruição de documentos pessoais, furto, extorsão ou dano, estelionato, privar de bens, valores ou recursos

econômicos, causar danos propositais a objetos da mulher ou dos quais ela goste.

3.2.6 Ciclo da Violência

A violência doméstica pode se apresentar de diferentes formas e, dentro do contexto de um relacionamento amoroso, ocorre dentro de um ciclo que é constantemente repetido, segundo a psicóloga norte-americana Lenore Walker. O Instituto Maria da Penha ordenou os três principais estágios desse ciclo:

3.2.6.1 Aumento da tensão

O agressor se mostra tenso e irritado por coisas insignificantes e pode ter acessos de raiva. Nesse momento, é comum ele humilhar, fazer ameaças e quebrar objetos da vítima. A mulher tenta acalmar o agressor e evita qualquer conduta que possa “provocá-lo”. A mulher normalmente acha que fez algo de errado para justificar o comportamento violento do companheiro. Em geral, a vítima tende a negar e esconde os fatos das demais pessoas. Essa tensão pode durar dias ou anos.

Na Lei Maria da Penha, a primeira fase do ciclo de violência se encaixa na violência psicológica, onde além da opressão psicológica, o opressor pode tentar de todas as formas restringir os “passos” da vítima, entretanto elas podem se fazer valer de medidas protetivas e acompanhamento com profissionais, para que possam tentar sair desse ciclo, mas que na maior parte das vezes, não entendem como um “ciclo de violência”, apenas como um desentendimento ou ciúmes do companheiro. (ALMEIDA, 2017).

3.2.6.2 Ato de violência

Nessa fase, a falta de controle do agressor chega ao limite e leva ao ato violento. Aqui, toda a tensão acumulada na fase anterior se materializa

em violência verbal, física, psicológica, moral ou patrimonial. Mesmo tendo consciência de que o agressor está fora de controle, o sentimento da mulher pode ser de paralisia.

3.2.6.3 *Arrependimento ou lua de mel*

Após o ato violento, o agressor mostra arrependimento e se torna amável para conseguir a reconciliação. É comum que a mulher se sinta confusa e pressionada a manter o relacionamento, principalmente se o casal tem filhos. Há um período relativamente calmo, em que a mulher se sente feliz por constatar os esforços e as mudanças de atitude do companheiro. Por fim, a tensão volta a se acumular, voltando à primeira fase.

Quando há uma agressão ou caso de abuso psicológico onde a mulher dá o primeiro sinal de se impor, o homem se mostra arrependido e começa a tratá-la de forma diferente e carinhosa. Ela acaba dando mais uma chance, acreditando que ele realmente mudou. Porém, depois de um tempo, tudo volta a se repetir.

Destarte, entende-se que esse ciclo de violência, a vítima não se identifica inserida nesse contexto, ela entende que são apenas fases do agressor e que irão passar, mas acabam caindo em um limbo, se repetindo e agravando cada vez mais, podendo chegar a fins trágicos tanto para a vítima como para seus entes próximos, dessa forma a qualquer sinal de violência, a denúncia e a busca do amparo, é a melhor saída.

4 A eficácia da Lei do Femicídio

Não é possível determinar ao certo a extensão que a lei do Femicídio terá no combate à violência a mulher. O que pode ser discutido é apenas seus benefícios, comparados a leis similares, como, por exemplo a lei Maria

da Penha, primeira no país a tratar de maneira diferenciada a violência comum e a cometida contra a mulher. (BRASIL, 2006)

A aplicação da Lei nº 13.104/15 vem com a força e o intuito em conceder uma punição mais rígida aos agressores. Constata que matar uma mulher não é apenas um homicídio (o que que já é gravíssimo) mas que essa qualificadora permite que a condenação seja ainda maior, uma vez que os agressores agem com a finalidade de tirar a vida de outra pessoa apenas por ser mulher, por considerá-la, em muitas ocasiões, fraca, desprovida de forças para lutar contra o seu transgressor. Veem nelas, um alvo fácil para aliviar suas frustrações, seus anseios de misoginia.

Importante ressaltar que houve uma evolução com relação a proteção da mulher, pois um estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – (IPEA), avaliando o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões mostrou que não havia tido diminuição na taxa de mortalidade de mulheres até aquele ano. Este estudo mostrou ainda ter havido um decréscimo apenas no ano 2007, imediatamente após a vigência da lei. No entanto, os índices voltaram aos patamares registrados no período anterior, nos anos seguintes.

A lei do feminicídio deve seguir o mesmo caminho da Maria da Penha, pois se traduzirá em justiça para uma parcela da população discriminada com relação aos seus direitos. É necessário punir adequadamente quem tem essa conduta, que nos dias atuais, mais do que nunca, é inaceitável, já que vivemos em uma sociedade que clama por igualdade de direitos.

Diante da gravidade dos quadros pintados com agressões no âmbito doméstico, familiar, o mérito de tal lei é imensurável. É inaceitável que mulheres sofram pelas agressões de homens cobertos pelo ódio, pelo sentimento de posse, pela visão patriarcal, envoltos pelo machismo, e mantenham-se amedrontadas pelo receio de não conseguirem obter uma resposta eficaz vindo de quem as deve proteger: o Estado. Calar-se não é

uma opção, e diante dos mapas de violência, a eficácia da lei têm-se tornado de enorme valia.

4.1 Aspectos conceituais

O feminicídio é a extrema e fatal violência, sofrida pelas mulheres. Essa extremidade se deriva de um ciclo de violências sofridas, que desencadeia o homicídio em consequência de ser mulher. Para o entendimento jurídico, pode se julgar o feminicídio como um novo tipo penal, uma qualificadora do homicídio, tendo em vista o sexo feminino. Conforme o código penal prevê:

Art. 121 [...]

Homicídio qualificado

§ 2º [...]

Feminicídio

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

[...] § 2º -A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (BRASIL, 2020).

Isto posto, entende-se que o feminicídio é quando ocorre o homicídio praticado contra a mulher, apenas por ser do sexo feminino, ou que esteja inserido na violência doméstica. Além da inserção da qualificadora, o feminicídio foi considerado como um crime hediondo. O feminicídio não é um contexto novo no Brasil, é algo antigo e recorrente, só era adotado com denominações diferentes e sem uma condenação mais restritiva ao caos, em detrimento a isso e diversos estudos foi tomando forma a lei, que qualificou o feminicídio.

A Lei foi criada a partir de uma recomendação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher (CPMI-VCM), que investigou a violência contra as mulheres nos Estados brasileiros entre março de 2012 e julho de 2013 (Senado Federal, 2013). (PRADO, SANEMATSU, 2017, p.12)

Para Debora Prado e Marisa Sanematsu (2017), destaca-se que deverá chamar a atenção para o fenômeno, e aprimorar as políticas públicas, pois o feminicídio é a ponta de um iceberg. Dessa forma entende-se que o feminicídio é o resultado de um conjunto de atos vivenciados por uma mulher, e boa parte das vezes dentro da sua casa, após o círculo de violência o resultado é a culminação do feminicídio, a morte qualificada em detrimento de ser mulher.

A natureza das qualificadoras do homicídio poderão ser classificadas de duas formas, a forma objetiva é entendida como a qualificadora que diz respeito aos meios e modos que o crime é praticado, já a qualificadora de forma subjetiva, entende-se como os motivos e fins da prática do crime, é a motivação do crime ligado ao agente do crime.

Quanto ao feminicídio é uma questão controvertida, pois há uma divergência de posicionamentos, entretanto alguns doutrinadores e tribunais a entendem como uma qualificadora de natureza objetiva, para Guilherme de Souza Nucci:

Trata-se de uma qualificadora objetiva, pois se liga ao gênero da vítima: ser mulher. Historicamente, sempre predominou o androcentrismo, colocando o homem no centro de tudo, em oposição a misoginia, justificando um ódio as mulheres, mais fracas fisicamente e sem condições de ascensão social. (NUCCI, 2019, p.126).

Uma das razões de condição de sexo feminino (§ 2.º-A, I) invoca: “quando o crime envolve violência doméstica e familiar”. Note-se mais um motivo para se considerar objetiva a qualificadora do feminicídio, pois a condição de ser

mulher é justamente a causa de grande parte da violência ocorrida no lar e na família, em virtude da covardia com que atua o agente. (NUCCI, 2019, p. 130).

Destarte, entende-se que para Guilherme Nucci (2019), a qualificadora do feminicídio se torna objetiva, pelo fato dela ser mulher e ser historicamente considerada mais frágil, pelo seu agressor. E um outro motivo para se entender que o feminicídio é de natureza objetiva, é que se não fosse afastaria o motivo torpe e fútil, deixando de torna a pena mais grave.

4.2 Da aplicabilidade da lei, interligada ao contexto de gênero

A publicação da lei do feminicídio aumentou a pena nos casos de homicídio cometido contra a mulher em ambiente doméstico e familiar ou em casos em que o crime foi cometido por razões de menosprezo ou discriminação à conduta de mulher; porém nos mesmos casos em que a vítima é homem, não ocorreu um aumento de pena. Ou seja, não seria equivocado se alguém entender que no caso em tela a vida da mulher vale mais que a do homem.

Com efeito, partindo do princípio de que homens e mulheres "são iguais em direitos e obrigações" e, ainda, que "todos são iguais perante a lei", como justificar que, de um lado, o homem que mata uma mulher "por razões de gênero", no âmbito de "violência doméstica e familiar", seja punido nos termos do parágrafo 2º, do artigo 121, do Código Penal (homicídio qualificado) e, de outro, a mulher que mata o marido "por razões de gênero", no âmbito de "violência doméstica e familiar", possa responder, a depender da hipótese, nos termos do caput do crime de homicídio (tipo simples, cujas penas variam entre 06 e 20 anos de reclusão) (FILHO, 2014).

Como afirma Filho (2014), de modo geral o homem não é vítima de crimes de gênero, assim não se faz necessário criar uma lei específica para

ele. Contudo, embora até seja mesmo possível compreender que, estatisticamente, a mulher sofre mais pela sua condição de “mulher” do que o homem, pelo fato de ser “homem”. Fato é que, um dos fatores utilizado para justificar a existência de “razões de gênero” do feminicídio é a “violência doméstica e familiar”.

Historicamente, a mulher sempre se viu em uma posição de inferioridade em relação ao homem, não possuindo os mesmos direitos e seus papéis na sociedade eram definidos com base em uma cultura patriarcal de opressão, qual seja: a mulher como meio de procriação, submissa ao seu marido, cuidadora do lar e dos filhos, propriedade do homem, que por sua vez, era o chefe da família, detentor da autoridade e tinha a função de promover o sustendo dos seus dependentes. Essa estrutura arcaica de modelo familiar foi crucial para determinação da desigualdade de gênero perpetuada por séculos até os dias atuais.

Configura-se, portanto, a função social de homens e mulheres. Os homens como figura principal da história, e as mulheres meras coadjuvantes. Mulheres submissas e homens dominantes, tudo como consequência direta do patriarcado. É importante dizer que o Feminicídio atua nos crimes cometidos com as razões da vítima ser mulher, e que este decorre da lei Maria da Penha. Nos casos de violência praticada entre casais homoafetivos, sendo esses dois homens, não se aplica a lei do Feminicídio, e sim o Homicídio, já que as razões do crime não se deram pelo fato de ser mulher. Nos casos dos transexuais (que já foi realizado a cirurgia para mudança de sexo), entende-se que pode-se aplicar a Lei do Feminicídio, mas isso se dará pela livre interpretação do operador do Direito, uma vez que o texto de lei refere-se ao pronome sexual. No entanto, a professora Alice Bianchini, integrante da Comissão da Mulher Advogada defende que os transexuais, após a cirurgia de transgenitalização têm o direito de serem incluídos na Lei do Feminicídio,

uma vez que não há como afastar o sexo feminino do gênero feminino. Mas, o que permanece ainda é o livre entendimento no que tange a respeito dos transexuais.

Além da falta de visibilidade, e aplicabilidade da lei e seus resguardos, por toda falta de amparo, mulheres inseridas em contextos de gêneros “fora dos padrões”, se encontram em maior dificuldade de tentar se retirar do ciclo de violência, pela falta de políticas públicas e amparo do estado, se sentido mais restritas a proteção.

Entretanto, com a desconstrução desse paradigma “fora dos padrões”, o estado, movimentos públicos, tentam proporcionar novas oportunidades e conscientização, de que todos são merecedores de respeito e proteção em qualquer contexto, para que seja evitado que o ciclo de violência se finde da forma mais fatal, o feminicídio.

4.3 Violência doméstica: um fator gerador para o feminicídio

Como demonstrado por todo artigo, a violência doméstica, é uma violência vivenciada em diversas famílias brasileiras e da mais diversa forma, sendo física, psicológica, moral, patrimonial, sexual e dentre outras. A partir dessa violência sofrida, a sequência de atos é um ciclo, que começa em uma violência mais “branda”, chegando a extremidade que se resulta no feminicídio, ou seja o homicídio daquela pessoa em detrimento ao seu sexo feminino. O feminicídio nunca se concretiza de forma única, a violência sofrida já vem sido realizada em diversas outras formas e contextos.

Dessa forma entende-se que o feminicídio, para Débora Prado pode ser considerado como mortes evitáveis, em consequência da série de violências já sofridas anteriormente a morte. Destarte entende-se, que a maior parte dos feminicídios decorrem dessa violência doméstica,

conhecido como feminicídio íntimo, em detrimento ao sentimento de posse que o homem desperta sobre a mulher.

A violência física crescente em termos de frequência e gravidade foi relatada em mais de 70% dos assassinatos de mulheres por parceiro íntimo ou ex-parceiro. Ou seja, a cada 10 mulheres assassinadas na condição de feminicídio, 7 possuem histórico de violência física recorrente. A chance de a violência física evoluir para um feminicídio é muito grande. (ALMEIDA, 2017, p.52)

Isto posto, entende-se que a violência doméstica é um dos maiores fatores que desencadeiam o feminicídio, que é precedido da violência, em sua maior parte física. A criação da Lei Maria da Penha nº 11.340/06, é um instituto que visa coibir esses atos de violência, para que seja amenizado o resultado morte/feminicídio. Com a criação da lei, foi inserido diversas ações do estado para a proteção de mulheres que se encontram inseridas na violência doméstica, como medidas protetivas de urgência, como afastamento do lar, o deslocamento para casas de abrigos, além de políticas públicas que resultam em uma maior segurança para as vítimas.

Com o instituto da lei corrobora-se que o ciclo de violência será encerrado, evitando-se a consequência fatal do feminicídio. Além do ciclo de violência que as mulheres ficam inseridas, outro fator presente no feminicídio e a discriminação do gênero, da raça e condição social. Onde as mulheres são vítimas do feminicídio em detrimento das suas condições sociais e raciais.

Em países marcados pela desigualdade de gênero como o Brasil, o feminicídio aparece como um fenômeno perversamente social e democrático, que pode atingir qualquer mulher. (PRADO, SANEMATSU, 2017, p. 59)

Embora o número de homicídios femininos tenha apresentado redução de 8,4% entre 2017 e 2018, se verificarmos o cenário da última década, veremos

que a situação melhorou apenas para as mulheres não negras, acentuando-se ainda mais a desigualdade racial. (IPEA, 2020)

Dessa forma, entende-se que a condição social e racial que a mulher se encontra é um grande fator para que o feminicídio seja um fator possivelmente presente em sua vida.

Os indicadores sociais brasileiros, quando avaliados na perspectiva das mulheres negras, revelam um contexto de desigualdades que potencializam o risco de vida, prejudicam o acesso à justiça e a outros serviços que devem ser garantidos pelo Estado e reforçam caminhos de desvalor de vidas. (PRADO, SANEMATSU, 2017, p. 61)

Destarte, o preconceito é algo cultural que traz consigo grandes consequências, e na grande parte são trágicas e fatais. Por conseguinte, entende-se que a violência doméstica e todas violências derivadas, são a ponta de um grande ciclo vivenciado em diversas famílias brasileiras, que pela falta de percepção ou coragem das mulheres inseridas, acabam se transformando em algo maior e fatal, o feminicídio. Colocando fim de forma trágica ao ciclo de uma violência sofrida.

5. Considerações finais

Destarte, a Lei Maria da Penha, que completa atualmente 15 (quinze) anos, trouxe grande notoriedade e avanços quanto à criminalização e o combate à violência de gênero. Pode-se destacar a criação da Secretaria Nacional de Políticas Públicas para as Mulheres, criação da casa da mulher para ampará-las e protegê-las, disque denúncia 180, botão do pânico, além de atuação do Ministério Público, Juizados Especiais no combate contra todos os tipos de agressão e violência de gênero.

Entende-se que a violência de gênero é caracterizada pela relação de poder e opressão vinculada ao machismo e às desigualdades entre os

sexos, como bem explicitado por Patrícia Manozzo Colossini, Josiane Razera, Karla Rafaela Haack e Denise Falcke. Registre-se que as diversas formas de discriminação e de violência contra as mulheres são entendidas, na perspectiva de gênero, como manifestação de relações de poder historicamente desiguais, com isso, a autonomia da mulher é tolhida, seu poder de decisão é cerceado e seus direitos restringidos.

A violência doméstica, ela poderá se desenvolver de diversas maneiras, como explicitado, não apenas a violência física, por essa desenvoltura de diversas maneiras, algumas vítimas não entendem que estão inseridas nesse contexto, e por medo a repressão dos seus agressores, muitas não conseguem denunciar para tentar se afastar desse ciclo de agressões.

O ciclo de agressões vivenciado pelas vítimas é o mais comum, pois se inicia por pequenas coisas um aumento de tensão, xingamentos, agressões, vem a fase do arrependimento que o agressor diz que nunca mais irá praticar tal ato, e a vítima por se sentir intimidada e acreditar acaba se inserido nesse ciclo, que pode se culminar em algo trágico.

O feminicídio ele foi inserido como uma qualificadora do homicídio, praticado contra a mulher em razão do seu sexo, e quando está inserido na violência doméstica. A prática do feminicídio é o ponto final de um ciclo de violências sofrida pela vítima, onde ela é morta, pelo fato de ser mulher.

Para tentar conter esse ciclo de violências, foi inserido a Lei Maria da Penha, que visa proteger e coibir toda a violências sofrida, pelas vítimas. Entretanto as proteções oferecidas não são suficientes para inibir todos os atos.

É ululante, que a violência doméstica, na sua forma física, psicológica, moral, sexual, patrimonial dentre outras, é um fator extremamente alto para o resultado feminicídio, pois após a vítima ser agredida e não ter a percepção, iniciativa ou coragem de entender e sair daquele ciclo, o

agressor se sente no direito de findar tal ato da forma mais trágica, chegando ao feminicídio.

Referências

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega. **Inovações jurídicas na Lei Maria da Penha**: medidas protetivas e defesa de direitos. 2017

ALMEIDA, Dulcielly Nóbrega de. **Violência contra a mulher** [recurso eletrônico] Dulcielly Nóbrega de Almeida; Giovana Dal Bianco Perlin; Luiz Henrique Vogel; Alessandra Nardoni Watanabe (org.). – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2020.

ATLAS DA VIOLÊNCIA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/24/atlas-da-violencia-2020>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BARSTED, Leila Linhares. A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In: **Violência de gênero e políticas públicas**. ALMEIDA, Suely Souza de. (org.) Rio de Janeiro. Editora UFRJ. 2007.

BARSTED, Leila Linhares; LAVIGNE, R. R. Proposta de Lei de Violência Doméstica contra as Mulheres. In: **Carta da Cepia**, Ano VIII, número 10, dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.cepia.org.br/doc/cartadacepia10.pdf>>. Acesso em: 16. out. 2020.

BRASIL. **Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 20 abril 2021.

BRASIL. **Código Penal**. 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: 25. out. 2020

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**. Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 25. out. 2020.

BRASIL. **Lei Maria da Penha**. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>.

Acesso em: 05 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FALCKE, Denise, HAACK, Karla Rafaela; RAZERA, Josiane; COLOSSINI, Patrícia Manozzo.

Violência conjugal: prevalência e fatores associados. 2015. Disponível em:

<[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822015000100007)

[34822015000100007](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-34822015000100007)>. Acesso em: 15 jan. 2021.

FILHO, Euro Bento Maciel. **Não há como justificar a previsão legal do feminicídio**.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-28/euro-maciel-filho-nao-justificar-previsao-feminicidio>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

GENTIL, Maurício. **Lei Maria da Penha e igualdade entre homens e mulheres**. Aracaju:

Infonet, 2008. Disponível em: <<https://infonet.com.br/blogs/lei-maria-da-penha-e-igualdade-entre-homens-e-mulheres/>>. Acesso em: 16. out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11ª edição. Niterói: Impetus, 2009.

IPEA. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil.** (2013). Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

MAZZUOLI Valério de Oliveira, BIANCHINI Alice. **Lei de violência doméstica e familiar contra mulher** (Lei Maria da Penha): Constitucionalidade e convencionalidade. (2009). Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/28083>>. Acesso em: 16 out. 2020.

MEDEIROS, L. **Em briga de marido e mulher o Estado deve meter a colher:** políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica. Rio de Janeiro: Ed. PUCRio; São Paulo: Reflexão, 2016.

MELO, E. **Feminismo:** velhos e novos dilemas – uma contribuição de Joan Scott. Cadernos Pagu, São Paulo, 31, pp. 553-564, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** parte especial: arts. 121 a 212 do Código Penal / Guilherme de Souza Nucci. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OEА. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.** Convenção de Belém do Pará. 1994. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 16 out. 2020.

PRADO, Débora; Sanematsu, Marisa. **Feminicídio: #invisibilidademata.** Fundação Rosa Luxemburgo. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

REIF, Laura. **Violência doméstica:** o que é e quais são os tipos. Disponível em: <<https://azmina.com.br/reportagens/violencia-domestica-o-que-e-e-quais-sao-os-tipos/>>. Acesso em: 30 abril 2021.

ZAOBONI, M. **Projeto Violeta garante proteção à mulher vítima de violência.** 2015. Disponível em: Acesso em: 24. Mar. de 2021.

Capítulo 10

Crime de estupro: análise do valor probatório no depoimento da vítima

*Jéssica Pâmela da Silva Moutinho
Nayalla Ferreira Sol
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

Inicialmente, observa-se que o estupro é um crime cometido muitas vezes de forma oculta. O agressor busca lugares, momentos e até mesmo vítimas que não possuem capacidade de autodefesa. Assim, no momento da infração estando presentes somente o agressor e a vítima, impede a produção de meios de provas que possam levar à condenação.

Quando o infrator deixar vestígios será indispensável o exame de corpo de delito, mesmo se o acusado confessar o crime (BRASIL, 1941). Ocorre que, por se tratar de um crime abstruso, o exame de corpo de delito será insuficiente e a vítima se valerá somente do seu próprio depoimento.

Nesse sentido, durante o processo, considerando somente o depoimento da vítima torna-se ainda mais complexo julgamento. Visto que, no decorrer da investigação o seu depoimento não terá a mesma efetividade. Podendo confrontar com a realidade dos fatos, entre aquilo que julga com o que acredita ter presenciado. (PACELLI, 2016).

Sem provas, testemunhais ou periciais, o juiz irá avaliar se o depoimento servirá como prova válida, aproximando o máximo possível da realidade para declarar uma decisão mais justa. Por esse motivo o depoimento da vítima deve ser sólido e coerente para ensejar uma condenação penal.

Primeiramente, será examinado o contexto do crime de estupro, os meios de provas na apuração do crime, o óbice na inexistência de prova material e por fim, o valor probatório da palavra da vítima e por fim os obstáculos que o magistrado enfrenta até proferir a sentença. Explorando este o assunto utilizando uma base teórica através de revisão bibliográfica, artigos, livros, julgados e leis considerando o risco da impunidade e o risco da condenação injusta.

2 Contexto histórico do estupro

Inicialmente, é importante verificar que a violação sexual é abominada desde muito tempo atrás. Mesmo nas culturas e civilizações antigas, apesar de terem alguns requisitos que hoje são inimagináveis e inaceitáveis, eram punidos os crimes de estupro de diferentes modos, e até mesmo com pena de morte. Assim relata Luiz Regis 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. (PRADO, 2001, p. 193-194).

O Código de Hamurabi que é datado por volta de 1700 a.C. também punia o crime de estupro severamente com a pena de morte, e somente era protegida a mulher que ainda não houvesse se relacionado com nenhum homem. Mesmo implícito nas sociedades antigas alguns conceitos ultrajados sobre os requisitos para qualificar o crime de estupro, é cognoscível uma aversão a violação sexual mesmo nas civilizações mais

arcaicas, assim como uma punição severa, conforme diz Cezar Roberto Bitencourt:

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 adulteris* (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. (BITENCOURT, 2015, p. 48).

Dessa forma, por ser o crime de estupro uma violação a dignidade sexual, e que afeta a vida social da vítima de forma drástica, podendo haver danos irreparáveis a vida da vítima, as punições das civilizações arcaicas fora um ponto importante para que hoje seja considerado um crime hediondo, intolerável e injustificável.

O primeiro Código Penal do Brasil foi elaborado 1830, também conhecido como Código Criminal do Império do Brasil, em seu artigo 222, considerava que ter cópula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta era algo ultrajante. Sendo assim, nota-se que já havia a aplicação de penalidade para os crimes sexuais.

Já no Código Penal Republicano de 1890, temos o crime de estupro tipificado principalmente em seus artigos 268 e 269, onde a redação do crime de estupro trouxe algumas modificações em relação ao de 1830. Ele nos traz como polo ativo para a prática do crime apenas homens, e deixa amplo a violência empregada para o crime de estupro, podendo ser violência física ou mental.

No Código Penal de 1940, antes da nova redação determinada pela Lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009, mantém como polo ativo para a

prática do crime apenas homens, e como polo passivo apenas mulheres. Nessa nova redação não tivemos mudanças significativas em relação ao Código anteriormente utilizado. Com a atualização da lei n.º 12.015, de 7 de agosto de 2009 para o crime de estupro, o crime teve uma redação mais ampla.

A nova redação do crime de estupro, unificado ao atentado violento ao pudor, tornou-se muito semelhante ao tipo do art. 146 (constrangimento ilegal), do qual, aliás, emerge como uma especialidade. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso é a figura do art. 213. É constituída de verbos em associação: a) constranger alguém a ter conjunção carnal; b) constranger alguém a praticar outro ato libidinoso; c) constranger alguém a permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. (NUCCI, 2020, p. 1.159).

Conforme disposto pelo artigo 213 do Código Penal vigente, o crime de estupro vai além da conjunção carnal, podendo ter sua consumação com a prática de ato libidinoso. Assim diz acerca do crime de estupro, Guaracy Moreira Filho:

A conduta típica consiste em constranger (forçar, obrigar, coagir) alguém a conjunção carnal mediante violência (vis corporais, força física) ou grave ameaça (vis compulsiva, força moral) ou a praticar (fazer, executar, realizar) ou permitir (consentir, dar liberdade, tolerar) quem com ele se pratique outro ato libidinoso. Dessa forma, a conjunção carnal e os atos libidinosos praticados contra a mesma vítima e ocorridos num mesmo contexto fático constituem crime único, adotando-se o denominado princípio da alternatividade (MOREIRA FILHO, 2020, p. 606).

Também nessa nova tipificação, deixa amplo o polo passivo e ativo, podendo ser praticado por qualquer gênero sexual, ou contra qualquer gênero sexual.

Pode o sujeito ativo ser, indiferente, qualquer pessoa, ou seja, homem ou mulher. Em regra, o delito é cometido pelo homem, porém, pela alteração legislativa, o entendimento do STJ de que “a mulher pode responder pelo crime de estupro, como participe, por mandato, instigação, ou auxílio”, deve ser acrescido da locução “autora”. (MOREIRA FILHO, 2020, p. 605).

O crime descrito no artigo 213 do Código Penal, e salientado pelo doutrinador Guaracy Moreira Filho, pode sim, ser praticado por mulher, assim como também poderia o sujeito passivo ser qualquer um dos gêneros.

3 Meios de provas utilizados na apuração do crime de estupro

A prova é um elemento fundamental para que o juiz possa decidir. Seja no inquérito policial ou na instrução criminal, as provas auxiliarão o juiz na tomada de decisão. Com a atualização do Código de Processo Penal em 2018, coube ao magistrado formar a sua convicção pela livre apreciação da prova, respeitando o contraditório judicial. (CULPI, 2010, p. 21). A tarefa de reconstruir o fato o mais próximo possível da realidade através dessas provas apresentadas é extremamente complexa, visto que o juiz ao analisar o *thema probandum*, ou seja, o tema objeto do litígio, deverá considerar as circunstâncias de forma subjetiva ou objetiva (MIRABETE, 2000, p.257). Consideramos o que elude Giacomolli acerca da prova:

A palavra prova, no processo penal, passou a representar tudo o que ela pertine, ou seja, os meios empregados na demonstração dos fatos ou do *thema probandum*, a atividade utilizada pelas partes para levar no processo os meios de prova, bem como o próprio resultado do procedimento probatório, ou seja, o convencimento exteriorizado pelo julgador. (GIACOMOLLI, 2016, p. 159).

Hélio Tornaghi acrescenta:

A palavra prova é usada em vários sentidos, todos correlacionados entre si. Ela designa, em primeiro lugar, a atividade probatória, isto é, o conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos, etc.) e até pelo juiz, para averiguar a verdade e formar a convicção desse último (jugador). Quando, por exemplo, se diz que a prova de alegação incumbe àquele a quem ela aproveita (art. 156) o que se quer indicar é que o beneficiário da alegação cabe o ônus de praticar os atos necessários para demonstrá-la. (TORNAGHI,1995, p. 267).

No momento em que o juiz reúne todas as provas, elas passam por três sistemas de avaliação, sendo o da livre convicção, o da prova legal e o da persuasão racional. Nesse sentido, Guilherme De Souza Nucci explica que:

São basicamente três sistemas: a) livre convicção, que é o método concernente à valoração livre ou à íntima convicção do magistrado, significando não haver necessidade de motivação para suas decisões. É o sistema que prevalece no Tribunal do Júri, visto que os jurados não motivam o voto; b) prova legal, cujo método é ligado à valoração taxada ou tarifada da prova, significando o preestabelecimento de um determinado valor para cada prova produzida no processo, fazendo com que o juiz fique adstrito ao critério fixado pelo legislador, bem como restringido na sua atividade de julgar. Era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho (unus testis, nullus testis ou testis unius, testis nullius). Há resquícios desse sistema, como ocorre quando a lei exigir determinada forma para a produção de alguma prova, v.g., art. 158, CPP, demandando o exame de corpo de delito para a formação da materialidade da infração penal, que deixar vestígios, vedando a sua produção através da confissão; c) persuasão racional, que é o método misto, também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada. Trata-se do sistema adotado, majoritariamente, pelo processo penal brasileiro, encontrando, inclusive, fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX) e

significando a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato. (NUCCI, 2013, p. 404).

Ante exposto, vale esmiuçar sobre os meios de provas de prova que poderão ser apresentados na investigação do crime de estupro, quais sejam: o depoimento da vítima, as provas testemunhais e o corpo de delito.

3.1 Depoimento da vítima

Nos crimes contra a dignidade sexual, por se tratarem de delitos praticados em clandestinidade tornam a tarefa de constituição de provas bem mais complexa. Nestes casos a palavra da vítima tem valor probatório relativo. Assim, manifestou o Supremo Tribunal Federal:

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal. (HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v.u., DJ 06.12.1999, p. 126).

O juiz pode fazer a análise deste depoimento de forma isolada, quando não há outros meios de provas para apuração do crime. Em que pese o depoimento da vítima seja de extrema importância para o processo, a vítima deverá se valer de um depoimento consistente e congruente para alcançar o efeito desejado no seu depoimento. Nesse diapasão, reitera Guilherme de Souza Nucci:

A palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que seja consistente, firme e harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução, sendo impossível aceitá-la quando do contrário. (LOPES, 1994, p. 118 *apud* NUCCI, 2013, p. 466).

Ademais, para finalizar os apontamentos acerca do depoimento da vítima, vale ressaltar, pois, que o depoimento da vítima é extremamente importante, haja vista que a vítima será qualificada e perguntada sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

3.2 Prova testemunhal

A prova testemunhal é o depoimento em juízo de um terceiro que presenciou ou até mesmo que ouviu falar sobre a conduta do agressor. Rogério Greco (2002, p. 200), revela que ela foi o primeiro meio de prova a ser regulado pelo Código de Processo Penal. Já Magalhães de Noronha (1996, p.115), reitera ser uma das provas mais antigas e também a mais vigorosa.

As testemunhas colaboram para que o juiz se aproxime da realidade dos fatos e assim profira uma decisão mais justa. Sem a oitiva de uma possível testemunha torna-se mais difícil o processo de apuração de provas. Nesse sentido, corroborou Guilherme de Souza Nucci:

Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouviram dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de alguma coisa. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. Lembremos, sempre, que qualquer depoimento implica numa dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, o que e como tudo ocorreu. Por outro lado, quando a testemunha depõe sobre o que ouviu dizer de outra pessoa, continua a declarar um fato, isto é, está narrando aquilo que lhe contou um terceiro, não deixando de ser isso uma ocorrência. O que muda entre uma situação e outra é a avaliação da prova, ou seja, o instrumento para demonstrar ao juiz a veracidade de algo. O depoimento de uma pode ser

mais valioso que o de outra, embora a testemunha esteja sempre depondo sobre fatos dos quais diretamente tomou conhecimento. (NUCCI, 2013, p. 471).

Além disso, Guilherme de Souza Nucci adverte sobre a necessidade de o juiz conseguir distinguir um depoimento falso do verdadeiro:

É curial ter o julgador a sensibilidade para compreender que as pessoas são diferentes na sua forma de agir, captar situações, armazená-las na memória e, finalmente, reproduzi-las. Descortinar e separar o depoimento verdadeiro é crível, do falso e infiel é meta das mais árduas no processo, mas imprescindível para chegar ao justo veredicto. (NUCCI, 2005).

Conforme dispõe o artigo 202 do Código de Processo Penal, qualquer pessoa poderá ser testemunha. Neste sentido, o artigo 206 do Código de Processo Penal adverte que uma vez chamada para depor sobre um fato constituído como crime, a testemunha não poderá opor. Salvo, se as testemunhas constituírem grau de ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado. Ademais, o art. 207 do Código de Processo Penal diz ser defeso depor pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

3.3 Exame pericial

No crime de estupro, se a infração deixar alguma prova material, será indispensável o exame de corpo de delito (BRASIL,1941). Guilherme de Souza Nucci conceitua perícia da seguinte maneira:

Exame de algo ou de alguém realizado por técnicos ou especialistas em determinados assuntos, podendo fazer afirmações ou extrair conclusão conclusões pertinentes ao processo penal. Trata-se de um meio de prova. Quando ocorre uma infração penal que deixa vestígios materiais, deve a

autoridade policial, tão logo tenha o conhecimento da sua prática, determinar a realização do exame de corpo de delito (art. 6º, VII, CPP), que é essencialmente prova pericial. Não sendo feito, por qualquer razão, nessa fase, pode ser ordenado pelo juiz (art. 156, II, CPP). Além de meio de prova, a perícia pode constituir-se, também, em meio de valoração da prova.” (NUCCI, 2013, p. 409).

O exame de corpo de delito é uma prova pericial, que possibilita confirmar a materialidade do crime. Ainda que seja de suma importância, no crime de estupro muitas vezes não é possível comprovar essa materialidade, devido o tempo ou até mesmo a própria característica do abuso (SPERANDIO, 2017) principalmente quando se trata de ato libidinoso. Nesse seguimento, podemos observar importância da prova testemunhal, não sendo possível realizar o exame de corpo de delito a prova testemunhal poderá supri-lo. (BRASIL, 1941).

4 A violação da dignidade sexual no crime de estupro: valoração dos atos sexuais

4.1 A inexistência de testemunhas

O crime de estupro, por ser uma violação à dignidade sexual, geralmente é praticado fora da presença de multidões, o que leva a crer ser praticado de forma clandestina:

O crime de estupro de vulnerável é um crime que é praticado na clandestinidade, o que dificulta por vezes a identificação do agressor, assim como o testemunho. Sendo assim, a coleta de provas é a parte mais difícil. (COUTO, 2019).

Geralmente, o agressor escolhe os modos e locais para a prática da violência sexual de forma que no momento da consumação do crime nada

o atrapalhe, sendo assim um local ermo, distante de pessoas que possivelmente poderiam interromper o ato libidinoso, ou coito carnal.

Relatos sobre casos de estupro acontecem nos mais variados ambientes, desde o temido beco escuro onde todas as mães instruem suas filhas a não transitarem, até mesmo o grande número de incidências ocorridas dentro da ‘pretensa casa segura’ da vítima. (SOUSA, 2017).

Em alguns casos, como citado acima, torna-se um empecilho a comprovação do crime, pois não teria acolhimento da prova testemunhal e nem filmagens, restando a comprovação por provas materiais e por depoimento pessoal.

4.2 A inexistência de provas materiais

Assim como já dito anteriormente, com a nova redação do artigo que tipifica o crime de estupro, não é necessário ter conjunção carnal para ser enquadrado na infração penal, a atual redação abrange o estupro para não só o coito, mas também para qualquer ato libidinoso. Dessa forma, é possível violentar uma pessoa sexualmente sem deixar rastros ou vestígios, tornando difícil comprovação da violência e de quem foi o violentador através de provas como corpo de delito. Assim, diz Guilherme de Souza Nucci:

Basta a introdução, ainda que incompleta, do pênis na vagina, independentemente de ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, sob um aspecto; e com a prática de qualquer ato libidinoso, independentemente de ejaculação ou satisfação efetiva do prazer sexual, em outro prisma. (NUCCI, 2019, p. 1.154).

Ademais, é possível que ocorra a prática do crime de estupro sem haver contato físico direto do agressor para com a vítima, conforme afirma Victor Gonçalves:

Para a configuração do estupro é desnecessário que haja contato físico entre a vítima e o agente, bastando, por exemplo, que o sujeito a obrigue a se automasturbar. Aliás, nem mesmo se exige que o agente esteja fisicamente envolvido no ato, de forma que o crime também se configura quando a vítima é obrigada a realizar o ato sexual em terceiro ou até em animais. O que é pressuposto do crime, em verdade, é o envolvimento corpóreo da vítima no ato de libidinagem (GONÇALVES, 2017, p. 11).

Além da falta de provas materiais ocasionada pelo tipo de ato libidinoso praticado, também é importante ressaltar que existem vítimas de violência sexual que devido à vergonha de se expor, ou a coação, ou até mesmo aos julgamentos sociais, só denunciam o fato após ter decorrido um tempo. Isso faz com que o decurso do tempo torne a busca de algumas comprovações materiais seja frustrado.

5 Palavra da vítima x palavra do agressor

5.1 Valor probatório da palavra da vítima como única prova produzida

É característico ao crime de estupro, ser cometido às obscuras, e na maioria das vezes não ser possível comprovar a materialidade do fato ocorrido.

Quando o ato é consumado em si, ou seja, há cópula, penetração, a prova do crime pode ser facilmente identificada no exame de corpo de delito, obtendo assim a prova material, que por si só já esclarece o ato. Mas e se não houve a cópula? E se o criminoso pratica outros atos libidinosos, presente no artigo 217-A, que pode ser entendido como algo na mesma gravidade do sexo oral, anal, vaginal, e de introdução de objetos na vítima. Diante disso, a única testemunha pode ser a própria vítima. (COUTO, 2019).

Por esse crime possuir certas características, tem-se nele uma atenção especial, pois não podemos tratá-lo como um crime qualquer, tanto na forma de entendê-lo, quanto na sua forma processual. Ainda assim:

É possível a responsabilização penal por crime de estupro até mesmo em virtude de omissão. Ex.: mãe que nada faz para evitar que seu companheiro mantenha relações sexuais com a filha de quinze anos de idade. A mãe tinha o dever jurídico de proteção. Tendo permitido pacificamente a prática do delito ou sua reiteração (quando cientificada de atos anteriores), responde pelo crime juntamente com o companheiro. Se a vítima tinha menos de quatorze anos, responderão por crime de estupro de vulnerável (art. 217-A). (GONÇALVES, 2017, p. 13).

Por outro lado, nesse cenário possivelmente seria difícil a comprovação através de provas materiais, por estarmos falando de um ambiente particular, onde a violência provavelmente é praticada às escuras, e nesse caso em específico, com a ciência e omissão de um responsável.

Nas vezes em que não é possível comprovar a materialidade do crime de estupro, não significa que o acusado sairá ileso, ou que o acusado será privado de sua liberdade sem uma comprovação efetiva de que ele é o violentador. Sendo assim, o magistrado deverá analisar outros meios de provas e situações que fundamente sua decisão, conforme afirma Renato de Lima:

De modo a evitar que uma parte seja beneficiada em detrimento da outra, ainda que involuntariamente, o magistrado só pode atuar de maneira imparcial, conduzindo o processo como um terceiro desinteressado em relação às partes, comprometendo-se a apreciar na totalidade ambas as versões

apresentadas sobre os fatos em apuração, proporcionando sempre igualdade de tratamento e oportunidades aos envolvidos. (LIMA, 2020, p. 120).

A palavra da vítima nesses casos é um importante meio de prova, pois na ausência de testemunhas e de provas materiais, o que remanesce é a comprovação através da palavra da vítima. Entretanto, vale ressaltar que o valor probatório da palavra da vítima no crime de estupro merece muita atenção. Sendo assim, a palavra da vítima no crime de estupro detém uma atenção especial dos magistrados, pois conciliado e em conformidade a outras provas do fato, ela tem ganhado cada vez mais força e credibilidade. Contudo, por ser característico do crime de estupro a obscuridade, a falta de testemunha visual, ou até mesmo a prática no ambiente familiar, a comprovação da materialidade obsta comprometida, pois é possível que não haja laudo pericial comprobatório da violência sexual. Sendo assim, a palavra da vítima, conciliada a outras provas, resta suficiente para a condenação do réu ao crime de estupro.

6 Valor probatório da palavra da vítima no estupro de vulnerável

O estupro de vulnerável tem índices alarmantes no Brasil, e seus números se comparados com o crime cometido contra outras faixas etária têm índices discrepantes. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, só no 1º semestre de 2020, tivemos 25.469 (vinte e cinco mil quatrocentos e sessenta e nove) denúncias de estupro, onde desse total, 17.282 (dezessete mil duzentos e oitenta e dois) são de estupro contra vulnerável, e apenas 8.182 (oito mil cento e oitenta e dois) casos não são contra vulnerável. Dessa forma, dos estupros em geral, cometidos no 1º semestre de 2020, 68% deles é cometido contra vulnerável, e apenas 32% não são.

Tabela: Estupro e Estupro de Vulnerável, por números de vítimas, 2020.

Brasil e Unidades da Federação	Estupro			Estupro de vulnerável			Estupro (total)		
	Ns. Absolutos			Ns. Absolutos			Ns. Absolutos		
	1º semestre			1º semestre			1º semestre		
	2019	2020	Variação (%)	2019	2020	Variação (%)	2019	2020	Variação (%)
Brasil	10.737	8.182	-23,8	22.282	17.287	-22,4	33.019	25.469	-22,9
Acre	244	124	-49,2	244	124	-49,2
Araguas
Amapá	83	41	-50,6	167	96	-42,5	250	137	-45,2
Amazonas	124	84	-32,3	285	207	-27,4	409	291	-28,9
Bahia	512	428	-18,0	1.178	838	-29,2	1.667	1.358	-19,5
Ceará	237	165	-30,4	661	613	-7,3	698	778	+13,4
Distrito Federal	144	114	-20,8	413	327	-20,8	557	441	-20,8
Espírito Santo	229	187	-18,3	611	415	-32,1	840	602	-28,3
Goiás ^{RS}	438	297	-32,2	1.149	778	-32,3	1.587	1.075	-32,3
Maranhão	675	472	-30,1	242	240	-0,8	917	712	-22,4
Mato Grosso	300	301	0,3	733	585	-20,2	1.033	886	-14,2
Mato Grosso do Sul	1.118	805	-28,0	956	648	-32,2	2.074	1.453	-29,9
Minas Gerais	752	502	-33,2	1.721	1.292	-24,9	2.473	1.794	-27,5
Pará	428	352	-17,8	1.348	959	-28,8	1.774	1.311	-26,1
Paraíba	94	37	-60,6	...	27	...	94	64	-31,9
Paraná	670	599	-10,6	2.612	1.843	-29,4	3.282	2.442	-25,6
Pernambuco	342	299	-12,6	664	472	-28,9	1.008	771	-23,4
Piauí	97	60	-38,1	297	253	-14,8	394	313	-20,6
Rio de Janeiro	918	679	-26,0	1.812	1.402	-22,6	2.730	2.081	-23,8
Rio Grande do Norte	105	70	-33,3	99	146	47,5	204	216	5,9
Rio Grande do Sul	755	497	-34,2	1.492	1.196	-19,8	2.247	1.683	-24,7
Rondônia	18	41	127,8	30	54	80,0	48	95	97,9
Roraima
Santa Catarina	842	684	-18,8	1.148	799	-30,4	1.990	1.483	-25,5
São Paulo	1.527	1.291	-15,5	4.433	3.780	-14,7	5.960	5.071	-14,9
Sergipe
Tocantins	85	61	-28,2	236	217	-8,1	321	278	-13,4

Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020, p. 34)

Quando no polo passivo do crime de estupro se trata de uma pessoa vulnerável, seja ela menor de 14 anos, conforme disposto no caput do artigo Art. 217-A: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, ou seja, ela enferma ou doente mental, assim como dispõe o parágrafo primeiro, o valor probatório da palavra da vítima se torna mais complexo de apurar, pois, conforme aduz Suane Couto “a palavra da vítima é de relevância valor, mas, no entanto, pelo fato desta ser infante, por vezes é posta em questionamento quanto à veracidade e fabulação.” (COUTO, 2019) Em casos onde a vítima é uma criança, é importante a atenção ao instituto chamado Alienação Parental. Mas o que consiste na alienação parental? Segundo Jorge Trindade:

A síndrome de Alienação Parental é o palco de actualizações diabólicas, vinganças recondidas relacionadas a conflitos subterrâneos inconscientes ou mesmos conscientes, que se espalham como metástases de uma patologia relacional e vincular. (TRINDADE, 2007, p. 103).

As crianças são mais suscetíveis à alienação parental, devido a vários fatores como, compreensão cognitiva e a visão que elas têm do mundo, o adulto que delas cuidam, o provedor da família entre vários outros aspectos.

Percebe-se que não é impossível, muito menos difícil conseguir que um indivíduo seja induzido a lembrar de um fato não como ele realmente ocorreu, mas sim da maneira como quer o indutor. As pessoas mais suscetíveis à implantação de falsas memórias são as crianças. (CLARINDO, 2011).

Dessa forma, é possível que fatos inverídicos sejam implantados na mente de um infante, tornando-o suscetível a conceder informações com força de veracidade, mas que não passam de fantasias impostas por seu alienador. Assim, o seu depoimento, pode ser rico em detalhes, o que supostamente dá a impressão de que todo abuso retratado pelo infante realmente foi vivenciado, mas tais informações podem não corresponder ao que aconteceu de fato. Dessa forma aduz Aniérgela Clarindo:

[...] qualquer indivíduo, ao ser questionado sobre os detalhes de um fato que lhe ocorreu, pode sim descrevê-lo de maneira rica e passando a impressão de veracidade. Contudo, parte dos detalhes que ele crê pertencerem ao fato é, na verdade, distorção do que realmente aconteceu. (CLARINDO, 2011).

Mas o que fazer quando a única prova que se detém é a palavra da vítima infante? A palavra da vítima infante também detém grande valor probatório, se coerente e consonante com os fatos apurados.

Assim, como o crime é executado às escuras, como já exposto, torna-se difícil a prova da materialidade e da autoria, não sendo poucas às vezes em que há apenas a palavra da vítima contra a palavra do réu, havendo que se delimitar o grau de confiança a ser extraído da palavra da vítima em confronto com a declaração do acusado, no caso concreto, conforme se explanará mais especificamente em seguida. (NUCCI, 2014, p. 44).

Em casos como esses, a avaliação psicológica, pode ser de grande relevância e auxílio na investigação do fato ocorrido, pois ela poderá legitimar se o que foi descrito é algo que foi implantado por um alienador:

A avaliação psicológica tem evidenciado um importante papel na investigação e decisão judicial, que é baseado, sobretudo, na ausência de provas materiais referentes a indícios físicos e biológicos sobre o crime em questão. A metodologia psicológica visa indicar a veracidade do discurso da vítima, a fim de identificar se há mentira, fantasia, ou dificuldades estruturais, que possam abalar a verossimilhança dos fatos descritos. (COUTO, 2019).

Dessa forma, a palavra da vítima e a avaliação psicológica têm de grande valor probatório, pois auxiliará o magistrado a entender o que é verdade dos relatos de abuso, e o que seria uma fantasia. Assim também afirma Ivonete Granjeiro:

O estudo psicossocial realiza-se com o objetivo principal de assessorar os magistrados, fornecendo-lhes um relatório com informações que poderão lhes propiciar um entendimento mais amplo da situação na qual as pessoas e, principalmente, as crianças vítimas de abuso sexual estão envolvidas. Assim, o psicólogo ou o assistente social coloca seus conhecimentos à disposição do magistrado, assessora-o em aspectos relevantes para determinadas ações judiciais, insere nos autos a realidade psicológica dos envolvidos, a qual, sem a sua atuação, jamais chegaria ao conhecimento do julgador. Desse modo, esse estudo é a voz do Setor Psicossocial nos autos. (GRANJEIRO, 2013, p. 39).

Entretanto, um laudo psicossocial não é por si só suficiente para condenar ou inocentar um réu, pois caso isso ocorra, poderá haver julgamentos injustos como o caso do diretor financeiro da Creche Gente Inocente, Paulo Barcellos:

Barcellos foi condenado em 2010 por abuso contra cinco crianças. Hoje, aos 56 anos, carrega o trauma dos quatro em que ficou na prisão. Apenas sai de casa quando necessário e fica sempre alerta ao sensor da tornozeleira eletrônica. Ele ainda tem de cumprir quatro anos no regime aberto. À época da sentença, os exames de corpo de delito realizados nas supostas vítimas deram negativo, mas os laudos dos psicólogos policiais da DCAV apontaram o abuso. Eles foram a única prova contra o diretor e o inquérito foi finalizado sem que o delegado visitasse a escola. (RODRIGUES, 2015).

Registre-se, pois, que se faz necessário ir mais a fundo no caso, apurar outros meios para averiguar a veracidade das declarações, tanto do réu quanto do autor, para que a palavra da vítima, com um laudo psicológico e em coerência e conformidade com os fatos, seja suficiente para auxiliar o magistrado.

7 O óbice de julgar o crime material

Diante do exposto, verifica-se largamente a dificuldade que o magistrado encontra ao fazer a análise de todas as provas apresentadas. Os meios de provas que poderão ser apresentados em juízo são determinantes para que o juiz profira a sentença de maneira mais justa. Ocorre que, todos os meios de prova possuem sua especificidade e importância, e na ausência de algum deles ou até mesmo por uma interpretação inadequada do magistrado daquilo que foi narrado, seja através de alguma testemunha ou da palavra da vítima, o risco de uma sentença equivocada é previsível.

7.1 Falsas memórias

A memória do ser humano é falha e facilmente manipulável (JUNIOR, 2014) e não se consegue absorver tudo que se vê ou que se aprende de forma eficaz. Principalmente se o fato se deu há algum tempo. Ela pode ser um fator determinante no processo de reconhecimento pessoal, fazendo a vítima reconhecer um agressor ou um inocente. Vale destacar, todavia, que as crianças são mais propensas a produzir falsas memórias e também de serem influenciadas (DEEK, 2016).

No depoimento pessoal e na oitiva de testemunhas a falsa memória também pode ser letal. O depoimento da vítima visto de forma individual ou visto para corroborar com outros meios de prova para garantir valor probatório deve ser coerente e sólido, restando divergências entre as provas apresentadas o juiz poderá declarar uma sentença não satisfatória para uma das partes. A importância da vítima e a testemunha se concentrarem em suas memórias (ALVES, 2020), irão decidir a eficácia deste meio de prova e como consequência uma decisão justa.

7.2 Ineficácia do exame de corpo de delito

O exame de corpo de delito por mais que corrobore com as demais provas, poderá ser ineficaz em alguns casos, pois as provas podem desaparecer no decurso do tempo ou não comprovar efetivamente que o ato libidinoso ou a conjunção carnal foram consentidos (DIAS; JOAQUIM, 2018, p. 294). Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal se manifestou:

O fato de os laudos de conjunção carnal e de espermatozóides resultarem negativos não invalida a prova do estupro, dado que é irrelevante se a cópula vagínica foi completa ou não, e se houve ejaculação. Existência de outras provas. Precedentes do STF. (STF, HC 74.246-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 13-12-1996, p. 50165)

A prova da existência da conjunção carnal não é suficiente para comprovar o crime de estupro, pois cabe à vítima apresentar alguma forma resistir ao ato sexual. No momento em que a ofendida não resiste, pressupõe o consentimento em relação ao ato praticado (CAPEZ, 2018, p. 89). Através destes apontamentos, conclui-se que todos os meios de prova são proporcionalmente importantes e cruciais. O magistrado deve analisar de maneira cirúrgica cada prova apresentada, para, assim, proferir uma decisão justa e eficaz.

8 Decisões jurisprudenciais

Pelo que se percebe, nos crimes sexuais, a palavra da vítima tem grande valor, uma vez que tais crimes, como regra, são praticados de forma oculta, sem a presença de testemunhas. Assim sendo, a palavra da vítima ganha relevante valor probatório, ainda mais se corroborada por outra prova que integre a relação jurídica processual. Dessa forma, procede os seguintes julgados:

CRIMES SEXUAIS - PROVA - PALAVRA DA VÍTIMA - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - ABSORÇÃO - CONTINUIDADE DELITIVA - PENA - REGIME. Nos delitos sexuais, **em regra praticado na clandestinidade, a palavra da vítima, quando robusta, precisa e coerente, é suficiente para sustentar um decreto condenatório**, mormente quando a defesa não apresenta qualquer prova que pudesse torná-la suspeita, destacar dose que o próprio acusado admitiu ter praticado com a menor atos libidinosos diversos, inclusive afirmando ter ciência de que ela era menor de 14 anos, apenas tendo negado a violência física ou moral, eis que os atos foram praticados com o consentimento da ofendida. Ora, tratando-se de vítima menor de 14 anos, o que não foi negado pelo acusado, dispensável a prova da violência ou grave ameaça, existindo tal presunção por força do artigo 224, a, do Código Penal, pouco importando que a criança nunca tenha sido registrada, até porque, no caso concreto, ao contrário do que foi dito pela defesa, a prova evidencia que os atos libidinosos eram praticados mediante violência física e moral. Os

Tribunais praticamente à unanimidade têm decidido os atos constituem libidinosos que antecedem à conjunção carnal e o atos preparatórios para tal delito ficam pelo último absorvidos, os, sendo certo, o porém, que a mesma jurisprudência é firme no sentido que não constituem atos necessários à prática sexual o coito anal e os o tendo a vítima informado que o acusado por diversas vezes e mediante violência ou grave ameaça, praticou este comportamento, que, assim, não deve ser absorvido pelo estupro impondo-se o reconhecimento de ambas as infrações. Para o reconhecimento da forma continuada, exige-se a presença dos elementos objetivos previstos no artigo 71 do Código Penal, e, ainda, a unidade de desígnio ou dolo total, havendo a necessidade que as condutas isoladas apresentem-se enlaçadas, a subsequente ligada a anterior, ou porque fazem parte de um prévio ideal criminoso ou porque a segunda decorreu de uma facilidade proporcionada pelo comportamento inicial. Apesar de tratar-se de questão bastante polêmica na doutrina, escorado no princípio da razoabilidade concreta, do qual o Magistrado não pode se afastar quando do julgamento sob pena de abarcar decisões contraditórias, alterando posicionamento doutrinário anterior, estou entendendo que crimes da mesma espécie são aqueles que, protegendo um mesmo bem jurídico, se assemelham em seus elementos objetivos e subjetivos, não havendo impedimento para se reconhecer a continuidade entre o estupro e o atentado violento ao pudor. Tais infrações, outrossim, mesmo no caput dos respectivos artigos, independente de suas formas qualificadas, são consideradas pelo artigo 10 da Lei 8072/90 como hediondas, devendo a pena privativa de liberdade ser integralmente cumprida em regime fechado, já tendo o pleno do STF decidido pela constitucionalidade daquele dispositivo legal, que, aliás, ainda segundo firme jurisprudência do Excelso Pretório, não foi revogado pela lei 9455/97, que trata de forma mais benéfica unicamente o crime de tortura (cf. súmula 698 do STF). A pena foi estabelecida um pouco acima a do mínimo legal e está devidamente justificada não merecendo qualquer reparo, de destacando-se, aliás, que o acusado veio a ser beneficiada eis que foi reconhecida a causa de aumento do artigo 9º da lei 8072/90, o que seria possível no caso presente, eis que a ação foi praticada mediante violência física ou moral, não tendo a idade da vítima sido considerada como elementar do tipo respectivo, o que afasta o possível bis in idem. (TJ-RJ - APL: 00348325520038190000 RIO DE JANEIRO DUQUE DE CAXIAS 1 VARA

CRIMINAL, Relator: MARCUS HENRIQUE PINTO BASILIO, Data de Julgamento: 13/04/2004, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/08/2004, grifo nosso)

ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. VÍTIMA MENOR. CONFISSÃO CORROBORADA PELO DEPOIMENTO DA VÍTIMA - **EM SEDE DE CRIMES SEXUAIS A PALAVRA DA VÍTIMA POSSUI ELEVADO GRAU PROBATÓRIO, AINDA QUE SE TRATE DE MENOR DE IDADE.** CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO A ENSEJAR A CONDENAÇÃO DO RECORRENTE. ALEGAÇÃO DE ELEVADA LIBERALIDADE DE COSTUMES DA VÍTIMA NÃO ALBERGADA NOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO NEGADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1) A confissão do réu em juízo encontrando respaldo no depoimento da vítima, bem como, nos demais elementos probatórios produzidos no processo, formam uma convicção segura, precisa e coerente a indicar a autoria do delito. Sendo o decreto condenatório da mais lúdima justiça. 2) **"A configuração do crime de atentado violento ao pudor, por não deixar vestígios, prescinde da realização do exame de corpo delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal"** (HC 11.033 - RS, rel. Min. Vicente Leal, DJU 28/2/2000). **"Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor têm, na palavra da vítima, a fonte probatória primordial da sua existência, não cabendo atribuir-lhe insuficiência, por inexigível, de um lado, a presença de testemunhas, por força da própria natureza dos ilícitos, e, de outro, prova pericial, na exata razão de que tais delitos nem sempre deixam vestígios"** (STJ - 6ª T., HC 19397 - RJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 06/04/2004). "Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. Precedentes" (STF - HC 79.850-1, rel. Min. Maurício Corrêa) 3) Alegação de que a violência presumida não deveria ser considerada, visto que a vítima possuía grande afeto pelo acusado e possuía elevada liberdade de costumes, não pode ser acolhida quando ausente nos autos qualquer prova/indício que alicercem referidas alegações. (TJ-PR - ACR: 3392518 PR

0339251-8, Relator: Miguel Pessoa, Data de Julgamento: 17/08/2006, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 7204, grifo nosso).

Dessa forma, o sistema punitivo pode ser definido pela lógica de controle social e de normalização do agir em sociedade. Não obstante, os crimes sexuais, que foram pautas de lutas feministas pela igualdade de direitos e proteção estatal contra violência de gênero, sofreram profundas alterações oriundas no campo do debate político, além de serem constantemente resignificados a partir de interpretações jurídicas. Pois bem, a partir das decisões descritas, é possível perceber que a jurisprudência majoritária de nossos tribunais não considera, por si só, a ausência de consentimento para a consumação do delito, sendo necessária a análise do conjunto probatório.

9. Considerações finais

Enfim, a prática do crime de estupro é lastimavelmente um crime recorrente e muitas vezes clandestino. Este delito envolve algumas peculiaridades no momento da avaliação das provas, justamente por se tratar de um crime que é cometido às escondidas. Tem-se também como alibi, principalmente nos casos de estupro de vulnerável, o fato do crime ser praticado no âmbito familiar, o que dificulta a averiguação de provas materiais.

Compreende-se, então, que o juiz ao proferir uma sentença condenatória ou absolutória não é tarefa simples, pois ao proferi-la de forma inequívoca, pode a decisão violar inúmeros princípios fundamentais garantidores da Constituição Federal de 1988, assim como outros de leis infraconstitucionais.

Sendo assim, é notável a dificuldade de sentenciar um crime de estupro, ou estupro de vulnerável quando os meios comprobatórios são

escassos e o que se tem de mais tangível é a palavra da vítima. É cediço que o crime de estupro é um crime extremamente nocivo, pois pode deixar graves consequências, de curto e longo prazo, que se estendem no campo físico, psicológico e até mesmo econômico.

Além da inverdade da palavra da vítima causada pela violência psicológica decorrente do estupro, também obsta salientar os perigos que a mesma dispõe no estupro de vulnerável, principalmente em se tratando de vítima infante. Pois, como já mencionado, a mente de um infante é facilmente manipulável, o que pode gerar um depoimento fantasioso, ou seja, um depoimento totalmente divorciado da realidade dos fatos.

Por seu turno, para se atingir de forma eficaz a elucidação dos fatos, todos os meios de provas deverão ser precisos e sem divergências. Dessa forma, para ser atribuído valor probatório à palavra da vítima, de modo a condenar o acusado, o depoimento deve ser dotado de coesão, coerência e consonância com os demais fatos apurados na investigação. Além disso, se faz necessário o auxílio de um profissional da psicologia para eliminar quaisquer influências falaciosas, inverídicas e fantasiosas que possa vir a atrapalhar uma decisão justa e satisfatória. Por fim, a formação do conhecimento do julgador se dará através dos meios de provas analisados dentro de um contexto probatório, de forma a se garantir um julgamento mais próximo da realidade.

Referências

ALVES, Shaiane Martins. **Riscos da Condenação pelo Crime de Estupro de Vulnerável Baseada Exclusivamente na Palavra da Vítima**. 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/riscos-da-condenacao-pelo-crime-de-estupro-de-vulneravel-baseada-exclusivamente-na-palavra-da-vitima/#:~:text=o,Riscos%20da%20Condena%C3%A7%C3%A3o%20pelo%20Crime%20de%20Estupro%20de,Exclusivamente%20na%20Palavra%>>

20da%20V%C3%ADtima&text=Por%C3%A9m%2C%20na%20maioria%20das%20vezes,cometido%20sem%20deixar%20marcas%20corporais.> Acesso em: 29 abril 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v. 4. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 06 de mai. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em: 06 de mai. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. ACR 3392518 PR 0339251-8. Relator: Miguel Pessoa. Data de Julgamento: 17/08/2006, 4ª Câmara Criminal. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6309722/apelacao-crime-acr-3392518-pr-0339251-8>> Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. APL 0034832-55-2003.8.19.0000. Relator: Marcus Henrique Pinto Basílio, Data de Julgamento: 13/04/2004, 3ª Câmara Criminal. Disponível em: <tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/417023256/apelacao-apl-348325520038190000-rio-de-janeiro-duque-de-caixias-1-vara-criminal>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. HC: 8720 RJ 1999/0016468-7, Relator: Ministro VICENTE LEAL. Data de Julgamento: 16/11/1999, T6 – SEXTA TURMA, Data de publicação: DJ 06.12.1999 p. 126 LEXSTJ vol.128 p.286. JusBrasil, 2000. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/384294/habeas-corpus-hc-8720-rj-1999-0016468-7>> Acesso em: 06 mai. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC 74.246-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 13-12-1996, p. 50165. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br>

com.br/jurisprudência /5733127/ apelacao-criminal-apr-6321-ms-2001006321-5
Acesso em: 06 de mai. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. parte especial. v. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte especial: arts. 213 a 359-H. v. 3. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018

CULPI, Aline Rossana. **Validade da prova testemunhal nos crimes de pedofilia no direito penal brasileiro**. 2010, 55f. Monografia (Graduação em direito). Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: <<http://tconline.utp.br/wpcontent/uploads/2012/06/validade-da-prova-testemunhal-nos-crimes-de-pedofilia-no-direito-penal-brasileiro.pdf>> Acesso em: 30 abr. 2021

COUTO, Suane Maria Mafra. **Análise da materialidade nos crimes de estupro contra crianças e vulneráveis**. Disponível em: <<https://suanemafra.jusbrasil.com.br/artigos/661015331/analise-da-materialidade-nos-crimes-de-estupro-contracrianças-e-vulneráveis>>. Acesso em: 05 fev. 2021.

CLARINDO, Aniéghela Sampaio. **Acusações de abuso sexual no âmbito da alienação parental**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-86/acusacoes-de-abuso-sexual-no-ambito-da-alienacao-parental/>>. Acesso em: 03 mar. 2021.

DIAS, Thaisa Mangnani; JOAQUIM, Evandro Dias. O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual. **Revista JurisFIB** Reflexões sobre o Direito, São Paulo, v. 4 n. 4, p. 291 - 310, dez 2013. Disponível em: <<http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>>. Acesso em: 21 mai. 2018.

DEEK, Nathália. **Valoração da prova testemunhal e do depoimento da criança nos crimes de abuso sexual**. Disponível em: <<https://nathaliadeeke.jusbrasil.com.br/artigos/309503209/valoracao-da-prova-testemunhal-e-do-depoimento-da-crianca-nos-crimes-de-abuso-sexual>>. Acesso em: 08 mar. 2021.

FBSP. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário brasileiro de segurança pública.**

Edição 14^a. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Dos crimes contra a dignidade sexual aos crimes contra a administração.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José, **O devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São Jose da Costa Rica / Nereu Jose Giacomolli. 3. Ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima; COSTA, Liana Fortunato. **O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual**". In: Psicologia: Teoria e pesquisa. V. 24. Brasília: 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2002.

JUNIOR, Aury Lopes. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela.** 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela/>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal.** 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA FILHO, Guaracy. **Código Penal comentado.** Guaracy Moreira filho. 10. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** 24 ed. Atual. Por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A credibilidade da prova testemunhal no processo penal**. 2005. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/14901/a-credibilidade-da-prova-testemunhal-no-processo-penal>> Acesso em: 27 abr. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito Penal Brasileiro: Parte Especial: arts. 184 a 288**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2001. 3. v.

RODRIGUES, Alana. **“O dia” faz apuração de 3 anos para denunciar falhas em investigações de abuso sexual**. Disponível em: <<https://portalimprensa.com.br/noticias/brasil/70950/0+dia+faz+apuracao+de+3+anos+para+denunciar+falhas+em+investigacoes+de+abuso+sexual>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

SOUSA, Renata Floriano. **Cultura do estupro: prática e incitação à violência sexual contra mulheres**. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000100009&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 30 mai. 2021.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. **O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/>

edicoes/revista-160/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/> Acesso em: 29 abr. 2021.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 4. v. São Paulo. Saraiva, 1995.

TRINDADE, Jorge. Síndrome de Alienação Parental (SAP). In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). **Incesto e Alienação Parental**: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Capítulo 11

Aumento do limite máximo do cumprimento da pena privativa de liberdade de 30 para 40 anos na contramão dos direitos fundamentais

*Cristian Martin Soares de Oliveira
Thiago Augusto Santos de Castro
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo abordar uma alteração pontual no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, ocorrida com a assunção do Governo recente, no ano de 2019. Foi trazido um novo paradigma para o ordenamento jurídico em âmbito penal, processual penal, Lei de Execução Penal e Leis Penais Especiais.

Inicialmente, essa nova forma de se pensar o direito penal, se materializou através da apresentação do Projeto de Lei nº 10.372, de 2018, apensados com o Projeto de Lei nº 10.373 de 2018 e Projeto de Lei nº 882 de 2019, trazidas pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e Deputados.

A modificação a ser analisada trata-se especificamente do artigo 75 do Código Penal, que determina o aumento de tempo do limite máximo de cumprimento de pena de 30 para 40 anos. Tal medida, tem a justificativa de que seria uma forma da sanção penal privativa de liberdade acompanhar o aumento da expectativa de vida dos brasileiros e entrou em vigor com a edição da Lei Federal 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que ficou popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”.

Para fins de conhecimento, vejamos o texto anterior: “Art. 75 – O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser

superior a 30 (trinta) anos. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (Brasil, 1984). Com a alteração: “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)” (Brasil, 2019).

A edição desse pacote de medidas foi apresentada com argumento de se “modernizar” a legislação Penal e Processual Penal brasileira, e tem como intuito tornar a pena mais severa, para assim, alcançar uma redução significativa da criminalidade e aumento do combate ao crime organizado.

Dito isso, será empreendida uma análise crítica na modificação do artigo 75 do Código Penal Brasileiro, que visa majorar o limite máximo do cumprimento da pena de privativa de liberdade de 30 para 40 anos. Essa alteração, traz consigo algumas contrariedades à declaração de Estado de Coisas Inconstitucional no sistema prisional, vinda da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, e ainda, ignorando a finalidade da pena, fazendo com que assim a majoração do tempo de encarceramento tenha caráter exclusivo de punibilidade do agente condenado sob a justificativa de reduzir a incidência criminal e o combate às organizações criminosas, porém, tais argumentos são frágeis, tendo em vista que a justificativa para sustentar essa alteração feita na legislação penal de torná-la mais punitiva, não tem se quer, embasamento científico, contrariando ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Será demonstrada a inconstitucionalidade da alteração do dispositivo legal em análise, tanto na ausência de estudo do impacto orçamentário e financeiro, quanto em relação ao desrespeito dos direitos fundamentais consolidadas quanto ao tema.

2 Análise histórica da transformação da finalidade da pena

Este capítulo trará uma breve análise da evolução da sanção penal. Deixando claro que o termo “breve” não foi incluído despropositadamente,

haja vista a história da pena acompanhar a história da própria humanidade e, por vezes, apresentar nuances dentro de pequenos grupos sociais próximos. Devido ao exposto, será apresentada a história da pena nas culturas consideradas mais importantes em termos de escrita e história do Direito.

2.1 O Código de Hamurábi

Ao longo da história, a sanção penal sofreu diversas alterações, passando pelas piores barbaridades sempre baseando-se em crenças e religiões como um meio de fazer justiça, tendo sua pena, exclusivamente como caráter punitivo, e prometendo aos condenados, a salvação das suas almas pela morte imposta através da sentença condenatória.

Estima-se que o Código de Hamurábi, primeiro código de leis da história, começou a ser escrito em 1.772 a.C. pelo rei Hamurábi para atender a necessidade social do império da Babilônia que se tornava o mais importante centro do poder na Mesopotâmia. Anteriormente, as leis eram transmitidas de geração em geração, de forma oral e foi finalmente transformada em leis escritas, ainda em cuneiforme, em pedra de cor escura. Esse código teve por finalidade principal, unificar o império babilônico em torno de um conjunto jurídico para ordenar as relações sociais em seus domínios.

Apesar de o código tratar de praticamente todas as áreas das relações sociais, empreenderemos a nossa análise sob a perspectiva dos tipos penais e suas sanções aplicadas às condutas mais reprováveis desta seara jurídica. Para ficar mais clara a análise, faremos uma breve comparação de tipos penais e sanções trazidos no código babilônico com tipos e sanções no Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, em primeiro lugar, no código de Hamurábi:

II – Crimes de furto e de roubo, reivindicação de móveis

6º – Se alguém furta bens do Deus ou da Corte deverá ser **morto**; e mais quem recebeu dele a coisa furtada também deverá ser **morto**. (BABILÔNIA, 1.772).

Para o artigo exposto, pode-se encontrar equivalência no Código Penal, a saber:

Furto

Art. 155 – Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena – **reclusão**, de um a quatro anos, e **multa**. (BRASIL, 1940)

E ainda:

Receptação

Art. 180 – Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte:

Pena – **reclusão**, de um a quatro anos, e **multa**. (BRASIL, 1940)

Não é desconsiderada a possibilidade das qualificadoras para os tipos penais trazidos no Código pátrio, todavia, a exposição tem caráter meramente comparativo, pois, demonstramos dois tipos penais onde a sanção penal correspondente pode facilmente, atendendo aos dispositivos atuais, iniciar em regimes menos gravosos como semiaberto ou aberto – no caso de não reincidência. Por outro lado, o código histórico estudado, baseando-se sobretudo em dogmas e na Lei de Talião, ou reciprocidade total entre crime e pena, cabe apenas a morte do indivíduo.

Nesse sentido, podemos dizer que, na antiguidade, a privação da liberdade não era considerada uma pena propriamente dita, o encarceramento somente tinha o papel de custodiar o acusado para fins de impedir que fugisse e não recebesse sua pena como espetáculo popular e, por vezes, um lugar de se proporcionar tortura.

2.2 A Idade Média

Na Idade Média (séculos V ao XV), o poder começa a se descentralizar com a queda do Império Romano, que se iniciou pelas invasões dos povos bárbaros. Portanto, a população começa a se distanciar das cidades em busca de segurança, que encontrava no campo, dentro das grandes propriedades possuidoras de exércitos particulares. Esse sistema servil constituiu o que passou a ser conhecido como feudalismo. Em consequência desse novo modelo social que tomava conta da Europa, surgia também um peculiar sistema penal, onde passa a vigorar a lei do feudo ao qual era integrado o indivíduo.

A ausência de uma penitenciária ou estabelecimento próprio para custódia ainda é observada neste período, no entanto, a prisão herdou caráter de lugar onde se aguardava a verdadeira sanção penal, que agora possuía uma peculiaridade: a condição social do acusado.

A primeira diferenciação da sanção penal estava condicionada à possibilidade de o apenado poder substituir o sofrimento corporal por metal ou espécie. Caso o réu não pudesse “pagar” pela substituição de sua pena, em espécie, haveria uma segunda diferenciação, a da gravidade do crime. Para os crimes de maior gravidade, a sanção ainda poderia ser a de morte ou ainda, castigos corporais como amputação de braços, pernas, olhos, língua, queima da carne a fogo e outros diversos materiais para satisfazer o espetáculo esperado por multidões neste período.

Para os crimes de menor gravidade, passa a surgir uma prisão como pena, mas ainda sem mencionar um local próprio, submetendo o apenado ao aprisionamento em calabouços, castelos em ruínas, ou ainda, em torres (BITENCOURT, *apud* DINIS, 2011).

2.3 A Prisão Canônica

A Igreja Católica, ao ter um maior domínio sobre terras na Europa, passa também a ter domínio político e social. Em consequência, passa a modificar as penas, pois tinha o papel de praticar a justiça. Nesses moldes, o acusado passa a ser visto agora como um “pecador” que não deveria ser destruído, mas agraciado com o direito de se “curar” e se arrepender. A pena privativa de liberdade era inicialmente aplicada aos religiosos, que recebiam da igreja a oportunidade da meditação no silêncio da reclusão.

Concebida como o principal antecedente da prisão moderna, a prisão canônica começa a desfigurar a pena de morte generalizada ao trazer uma concepção de pena voltada à ideia do arrependimento ou como “pena medicinal” (LOPES, 2014). Todavia, essa prisão era utilizada ainda de forma paralela às cortes laicas, que existiam de forma a representar o poder do Estado. O próprio nome “penitenciária” é herança do termo “penitência”, pelo intuito principal da sanção no período analisado.

2.4 O Surgimento da Prisão Como Pena

Aliado ao avanço do domínio da igreja, em meados do século XVII, a pena capital começa a ser questionada por não demonstrar ser um instrumento eficaz diante do aumento da criminalidade. Neste momento, enfim, surge a ideia da prisão como pena. Na segunda metade deste século (XVII), a Europa inicia o movimento de construção de prisões para a correção dos apenados.

A ideia da prisão pena em substituição à prisão custódia se consolida no século XVIII devido ao modelo capitalista que se instaurava dando aos apenados uma “utilidade” como mão de obra “domesticada”. Muito embora tenha havido a tendência de “utilidade” incluída pelo modelo capitalista, a pena sofre a transformação influenciada por uma visão humanista que pairava à época. Um grande influenciador do pensamento

do Direito Penal do século XVIII, Cesare Beccaria, em 1764, já se opunha à pena capital por considerar “*perniciosa à sociedade, pelos exemplos de barbarismo que ela proporciona*” (BECCARIA, 1764).

Por fim, o século XIX caracteriza-se como o marco de atribuição da pena de prisão como a principal pena, e, progressivamente, substituindo as demais.

Percebe-se a dificuldade das diversas épocas de se conceber uma pena que seja, talvez não mais justa, mas a mais adequada, como leciona Aury Lopes Júnior, “Isso porque o delito constitui-se, em regra, numa violência ocasional e impulsiva, enquanto a pena não: trata-se de um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado. É a violência organizada por muitos contra um”. (LOPES JÚNIOR, 2014, p. 36):

O surgimento da pena privativa de liberdade imposta pelo Estado surge, então, numa substituição clara da pena como “vingança familiar”, onde a vítima participa da imposição da sanção, para uma “pena pública” em que é demonstrado o poder do Estado sobre os cidadãos, mas, com limitações jurídicas, seguindo critérios de justiça e com a presença de um juiz imparcial. Nasce, definitivamente, o processo penal.

2.5 A Finalidade das Penas Privativas de Liberdade no ordenamento brasileiro

Superada a breve análise sobre as penas nos tempos mais remotos, vejamos o que a exposição trazida será relevante ao processo de transformação das penas no Brasil. No Brasil, antes da sua independência (1822) as normas jurídicas regidas eram o lusitano, seguindo os interesses Portugueses para determinar a pena do condenado. Contudo, não é possível descrever as formas de punição antes da colonização dos portugueses (1500), tendo em vista não haver legislação escrita das

comunidades nativas, impossibilitando o sistema jurídico do direito positivado.

Após a independência, na ocasião da separação entre Brasil e Portugal, foram criadas as primeiras normas brasileiras, seguida pela sua primeira Constituição (1824) outorgada pelo então Imperador do Brasil, Dom Pedro I, ficando conhecida como “Constituição Política do Império do Brasil” ou “Carta Constitucional outorgada”. Nessa época, a Constituição foi marcada pela promessa da soberania do Brasil, possuindo assim, os direitos individuais, que certamente foi um grande destaque nesse período, tendo em vista que na chegada do Código Criminal do Império do Brasil (1830) continha penas cruéis e desumanas, exemplo disso, é a pena capital, que era bem comum ao longo do período imperial até os meados do século XIX.

Depois do país passar por um período governamental regido por militares, na data de 05 de outubro de 1988 foi implementada a Constituição Federal, popularmente conhecida como constituição cidadã, sendo uma lei suprema que tem como diferencial assegurar os direitos e garantias individuais e coletivos da pessoa humana, e para ampliar ainda mais esses direitos e garantias, o Brasil passou a ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto do São José da Costa Rica), através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, sendo que o propósito principal da Convenção, é: “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos humanos essenciais”. Assim, tem-se que o Tratado Internacional assevera:

Artigo 5º – Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a 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 de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

6. As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados. (SAN JOSÉ DE COSTA RICA, 1969).

Observa-se, mais precisamente no item 2, a vedação às penas cruéis ou degradantes e ainda, no item 6, a finalidade essencial da pena privativa de liberdade, qual seja, a reforma e readaptação social dos condenados. Todavia, o Brasil reconhece a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação e aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos desde 1988, através do Decreto Legislativo Nº 89.

Coadunando-se a isso, os direitos e garantias individuais presentes na Constituição Federal a partir do ano de 1988, tem o seu preceito fundamental e a garantia da sua permanência e inviolável, caracterizado pela cláusula pétreia, texto constitucional transcrito no artigo 65, §4º, IV:

Art. 6o. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...]

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

[...]

IV - Os direitos e garantias individuais. (BRASIL, 1988)

Nesse sentido, tendo a dignidade da pessoa humana como um preceito constitucional, não podendo ter outras interpretações que descaracteriza ou ameaça o seu núcleo essencial, sendo aspectos físicos e psíquicos, que garantem uma qualidade de vida satisfatória ao ser humano, sem qualquer tipo de distinção. Sendo assim, a nossa Carta Magna tem parâmetros garantistas, assegurando humanização tanto no

momento da sanção com penas menos cruéis quanto na individualização da pena.

3 Argumentos favoráveis ao maior tempo de encarceramento

Acerca dos argumentos favoráveis à alteração objeto de análise deste trabalho, podem ser citados dois importantes personagens no âmbito jurídico brasileiro, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, que em 2018 entregou ao então presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, anteprojeto com várias medidas para endurecer a legislação penal (que carrega, originalmente, a proposta da alteração do artigo 75 do Código Penal), bem como o doutrinador Guilherme de Souza Nucci, ao escrever o Pacote Anticrime Comentado, em 2020.

Ao entregar à Câmara dos Deputados, as propostas que viriam a ser incorporadas ao “Pacote Anticrime”, o ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Alexandre de Moraes, justificou que a ampliação do tempo máximo de prisão representaria uma forma de acompanhar o crescimento da expectativa de vida dos brasileiros, e poderia evitar que membros do crime organizado, caso fossem presos jovens, deixassem a prisão ainda “aptos” a cometerem novos crimes.

Deve-se, primordialmente, dividir seus argumentos em dois núcleos principais: 1. o aumento da expectativa de vida dos brasileiros e; 2. criar condições para que o membro de crime organizado não saia da prisão “apto” a cometer novos crimes.

Acerca do primeiro argumento, que a princípio possa parecer harmonioso com a intenção da majoração do limite de cumprimento de pena, este não se sustenta perante uma pesquisa mais criteriosa dentro do tema expectativa de vida do brasileiro *versus* pena de prisão, por dois motivos nefastos: um ponto é que, segundo levantamento realizado pela

Casa Fluminense, a expectativa de vida pode variar de acordo com a região e ainda, conforme a cor da pele do indivíduo. O levantamento aponta que uma pessoa negra em Queimados/RJ pode viver até 22 anos a menos que uma pessoa não negra em Niterói. Aliado a isso, temos o segundo ponto: até 2019, cerca de 66,7% dos presos no Brasil, eram negros, que não obstante, têm origem em regiões mais pobres, com menor expectativa de vida.

Não seria difícil induzir à conclusão de que os presos, por fatores inerentes ao próprio ambiente carcerário, já teriam uma expectativa de vida menor do que a atribuída à população em geral, mas, observa-se pelos dados apresentados, que a origem socioeconômica da população carcerária já demonstra uma expectativa diferente.

Em relação ao segundo argumento, que diz respeito à “aptidão” para cometer crimes que o egresso teria ao deixar o cárcere ainda jovem, revela uma preocupação em se fazer da prisão algo duradouro o suficiente para que se elimine o apenado, ou ainda, que se elimine sua vitalidade de forma a não ter “utilidade” criminal. De certo que essa justificativa é tão difícil de entender do ponto de vista jurídico como difícil de se contrapor na mesma via. Como seria qualificada a falta de “aptidão criminal”? Ou melhor, como eliminaria alguma característica do indivíduo pelo tempo máximo de cárcere sem eliminar a ele próprio? Não há alternativa senão considerar como uma clara tentativa de justificar uma pena perpétua, o que está consolidado no ordenamento como vedado, por motivos já expostos.

O jurista Guilherme de Souza Nucci (2020), no mesmo sentido, tenta justificar a majoração do limite de tempo de cárcere utilizando, basicamente, quatro argumentos: 1. afirmando que foi corrigida uma injustiça vigente há décadas, devido ao fato de o limite de cumprimento de pena não ter acompanhado o aumento da expectativa de vida; 2. porque esse aumento não pode ser considerado inconstitucional por ferir a

vedação da pena perpétua; 3. não se poderia considerar cruel (40 anos no encarceramento) pois, quem se beneficiaria com menor limite de tempo para sair do cárcere cometeu barbaridades inúmeras e; 4. porque no caso concreto, a exemplo do Bandido da Luz Vermelha, que cometeu homicídios, latrocínios e estupros, cumpriu menos de 10% de uma pena de 326 anos.

Da mesma forma de abordagem realizada sobre os argumentos anteriores, o primeiro argumento já foi rebatido devido ao fato de o jurista desconsiderar que a expectativa de vida se mostra desigual em regiões e fatores socioeconômicos desiguais, não podendo, portanto, ser utilizado de forma genérica. O segundo argumento não é demonstrado com nenhum embasamento fático ou teórico de que a alteração legislativa não feriria a vedação da pena perpétua, sendo considerado um argumento pautado pelo puro sentimento pessoal do autor.

A questão suscitada quanto à a sanção majorada não possuir característica de crueldade à quem tenha cometido crimes bárbaros, a Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que todos os membros da família humana nascem detentores da dignidade e direitos iguais, não se distinguindo o fato de ter ou não cometido algum delito, por mais reprovável que seja, em outras palavras, detém esses direitos qualquer um que tenha nascido na família humana, não havendo a possibilidade de perder esses direitos. Portanto, o que se consideraria cruel para algum ser humano, deve ser considerado cruel para qualquer outro.

Em análise ao último argumento trazido por Nucci, observa-se a exaltação de desejo de “justiça” pela sensibilização do leitor ao utilizar como exemplo de criminoso com condenação por uma pena alta, o Bandido da Luz Vermelha, seus crimes bárbaros e o tempo que cumpriu antes de deixar a prisão. Nesse caso, é desconsiderada a possibilidade de que algum indivíduo receba condenação com o somatório das penas que o

leve a cumprir mais de 30 anos de reclusão sem que tenha cometido crimes bárbaros ou de maior repugnância como o homicídio ou estupro.

Basta lembrar que o ex-governador do estado do Rio de Janeiro, até o momento da elaboração deste artigo (maio de 2021), possuía uma condenação de cerca de 342 anos - mais do que o da Luz Vermelha, por sinal, mesmo não cometendo nenhum crime de sangue. Deixando claro que os crimes dos quais Sérgio Cabral é acusado, são importantes do ponto de vista social, pois, não só retira dos cofres públicos valores que podem ser utilizados para áreas como educação ou saúde, como maculam a imagem das instituições de forma significativa.

O doutrinador ainda reforça a argumentação dizendo que o Bandido da Luz Vermelha deixou o cárcere cumprindo menos de 10% da condenação recebida, não deixando claro, neste caso, qual porcentagem de cumprimento de uma pena de mais de 300 anos deve ser cumprida para que o autor considere como ideal.

4 Os impactos causados pelo pacote anticrime

O sistema prisional brasileiro já é reconhecidamente um lugar onde se descumprem os preceitos consolidados dos direitos fundamentais, ou seja, onde o Estado não garante o cumprimento ao que fora determinado pelos tratados de Direitos Humanos. Dessa forma, o Pacote Anticrime, ao realizar tal mudança, causará não só impactos sobre o apenado quando esvair sua própria vida no cárcere, como causa também, impactos em toda a sociedade e administração pública, pois, o aumento de recursos destinados ao sistema carcerário, comprometerá outras áreas não menos importantes, como saúde e educação, por exemplo.

4.1 A inconstitucionalidade pela não observância dos direitos fundamentais

Tratando da modificação da lei penal trazida pelo Pacote Anticrime, mais especificamente o art. 75 do Código Penal que majora o tempo máximo do cumprimento de pena de 30 para 40 anos, nota-se claramente que não foi considerado o Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, bem como a adoção de providências estruturais dos direitos fundamentais dos presos. Dito isso, vale ressaltar que em 2015, O Partido Socialismo e Liberdade - PSOL, protocolou no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 pela ação e omissão dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação ao Estado de Coisas Inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro, sendo assim, foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como uma nova modalidade de inconstitucionalidade no direito brasileiro. Consoante a isso, aduz pelo Eminentíssimo Ministro Luiz Edson Fachin, em seu voto na referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 347, os estabelecimentos prisionais do país funcionam como “instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social”.

Diante disso, com a majoração da pena máxima de privativa de liberdade, terá um aumento da demanda de presos no sistema prisional, em contrapartida, não vão ter vagas suficientes para atender o aumento da população carcerária, passando a enfrentar a super lotação nos presídios, conseqüentemente, trará severos impactos aos direitos fundamentais, bem como infringir aos princípios fundamentais inerentes na Constituição Federal de 1988, em outras palavras, todo o sistema prisional brasileiro terá sua função inconstitucional. Para entender melhor todo esse conceito, ninguém melhor para retratar essa

inconstitucionalidade, do que o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio, vejamos no julgado a seguir:

CUSTODIADO - INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL - SISTEMA PENITENCIÁRIO - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL - SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA - CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA - VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - FALHAS ESTRUTURAIS - ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL - CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL - VERBAS - CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA - OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

(ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016)

Nesse sentido, fica notório que a alteração do art. 75 do Código Penal, traz consigo sérias lesões aos princípios fundamentais constitucionais, bem como o Estado de Coisas Inconstitucional, como já supramencionado, tendo em vista que majorar o limite máximo da pena de privativa de liberdade, acarretará a super lotação do sistema prisional, além de ir

contra a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), na qual o Brasil é signatário.

4.2 A inconstitucionalidade pela ausência de estudo orçamentário

Analisando os debates do projeto de lei que transformaria a legislação, denota-se a ausência de estudo que apresentasse o real impacto orçamentário e financeiro aos cofres dos estados e da própria União. A inconstitucionalidade pela ausência deste estudo, ocorre devido à clara violação ao artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que diz:

Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada de estimativa de seu impacto orçamentário e financeiro. (BRASIL, 1988).

De certo que um maior tempo no cárcere significa maior necessidade de recursos dos cofres públicos, não somente para o custeio material dos encarcerados, que, segundo estimativas, custam cerca de 3 mil reais por mês, mas para a criação de vagas para a crescente população carcerária.

Em 2017, dados disponibilizados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, através do relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), indicavam que a população carcerária brasileira era composta por 726.354 pessoas, no entanto, havia um total de 423.242 vagas, gerando uma taxa de ocupação de 171,62%. Segundo este mesmo relatório, entre os anos 2000 e 2017, o crescimento da população carcerária brasileira cresceu 7,14% ao ano.

Dessa forma, o custo de cada pessoa cumprindo pena no sistema prisional brasileiro e a atual necessidade de se criar mais vagas, somados ao aumento do limite de cumprimento de pena privativa de liberdade, que acarretará numa legião de condenados fadados a ocupar mais 10 anos além

dos 30 anos estipulados anteriormente, só pode levar a um resultado desastroso a longo prazo.

5. Considerações finais

Sobre os apontamentos a diversos temas que fundamentam a análise crítica da alteração trazida na legislação penal, é possível concluir que as justificativas para a majoração do tempo de cumprimento de pena, de 30 para 40 anos, não se sustentam diante da análise pontual, pois, caso a justificativa principal, que dá nome ao pacote de alterações na legislação penal e processual penal (Pacote Anticrime), seja a de redução da criminalidade, observa-se que a humanidade há tempos se deu conta de que o recrudescimento das penas nunca garantiu a redução da incidência de crimes, sendo que, muito pelo contrário, foi modificada para a proteção da vida em sociedade e do próprio acusado, por considerar a violência exacerbada do Estado contra um indivíduo inútil perante a correção da conduta social, servindo apenas para o deleite de multidões sedentas pelo espetáculo proporcionado ao se praticar a “vingança” contra o criminoso.

Essa violência praticada pelo Estado foi deixada de lado justamente pela busca por um processo mais justo e que se adequasse ao poder de punir sem arbítrio, condicionado ao cumprimento de preceitos condizentes à dignidade da pessoa humana. Se levar em consideração uma outra justificativa levantada, a de modernização da pena frente a maior expectativa de vida do brasileiro, essa por si só desperta estranheza por tentar atrelar o tempo máximo de cumprimento de pena à longevidade do indivíduo apenado, ante ao problema da falta de uma melhor tratativa científica para traçar parâmetros fiéis de expectativas inerentes aos diferentes grupos sociais ou própria à população carcerária, o que caracterizaria uma tentativa de se perpetuar a prisão, tema já consolidado

com vedação pela legislação internacional por meio de tratados dos quais o Brasil é signatário.

Não obstante, acerca da maior permanência no cárcere, é preciso reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal no teor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, julgada liminarmente em 2015. Desta forma, maior permanência no sistema prisional brasileiro sem uma real demonstração de efetividade desta medida, deixaria ainda mais evidente o caráter puramente punitivo da medida em questão por lançar cada vez mais indivíduos num sistema que é inconstitucional por si.

Ainda, pode-se observar a inconstitucionalidade diante da ausência de um amplo estudo acerca do impacto financeiro e orçamentário que será causado aos estados devido ao evidente aumento da população carcerária que deverá receber assistência material e ainda, pela conhecida falta de vagas para comportar o crescimento populacional que obrigaria os estados a investir na ampliação dos estabelecimentos prisionais ou a construir novos.

Portanto, resta demonstrado que a alteração trazida pelo Pacote Anticrime, no sentido de se estender o tempo de permanência dos indivíduos no cárcere, não encontra amparo em quaisquer dados históricos, sociológicos, ou, ao menos, jurídicos. Mas, atende de forma satisfatória aos anseios de uma sociedade, que cada vez mais levada a acreditar na eliminação do criminoso como solução para a criminalidade, aceita o “circo” punitivista e não consegue enxergar que o crime pode ter raízes sociais e não nas simples escolhas individuais.

Referências

AMORIM, Mayara Schneider de. **A privação da liberdade e o método APAC - uma forma de ressocialização voluntária na execução da pena**, UNIJUÍ - Universidade

Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, v. 1, 2017. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4611/Mayara%20Schneider%20de%20Amorim.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 17 out. 2020.

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise Crítica da Finalidade da Pena na Execução Penal:** ressocialização e o Direito Penal brasileiro, Universidade de São Paulo, v. 1, 2009. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>>. Acesso em: 17 out. 2020.

BASTOS, Maurício. Com nova condenação, Sérgio Cabral soma pena de mais de 342 anos de prisão: **A nova decisão condena o ex-governador do Rio a mais 10 anos e 4 meses de prisão em regime fechado, por corrupção passiva.** Justiça, Rio de Janeiro, 4 mar. 2021. Disponível em: <<https://bandnewsfmrio.com.br/editorias-detalhes/com-nova-condenacao-sergio-cabral-soma-pena-d>>. Acesso em: 3 maio 2021.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Tradução: Neury Carvalho Lima. 2ª. ed. atual. São Paulo: Hunter Books, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasil: Planalto, [1992]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/do678.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasil, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Código de Hamurábi Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acessado em: 6 maio 2021.

DUDH. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/?gclid=CjwKCAjwrKr8BRB_EiwA7eFapIG5ZXePeXZkDCNEFKr4M2aDa81YzT_zqCifNAP9ok5K5Fm8L1xpTxoCDdgQAvD_BwE>. Acesso em: 17 out. 2020.

DINIS, Carla Borghi da Silva. **A história da pena de prisão:** Aspectos históricos do surgimento da pena de prisão, através da análise da causa determinante para ter se tornado a principal sanção penal. *In: A história da pena de prisão.* [S. l.], 29 abr. 2021. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-historia-pena-prisao.htm#indice_10. Acesso em: 29 abr. 2021.

FOUCAUT, Michel. **Vigiar e Punir:** Nascimento da Prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 42^a. ed. atual. Petrópolis: Vozes, 2019.

GHIGGI, Marina Portella. O cárcere e o envelhecimento do preso. *In: O cárcere e o envelhecimento do preso.* [S. l.], 4 maio 2015. Disponível em: <https://canalciencias.criminais.jusbrasil.com.br/artigos/185174319/o-carcere-e-o-envelhecimento-do-preso>>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

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.** ISSN 2317-6172. ed. São Paulo: Revista Direito GV, 15 jul. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322019000200203&script=sci_arttext#fn9>. Acesso em: 8 maio 2021.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Saiba a importância da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 25 jun. 2019. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/>>

2019/06/25/convencao-americana-sobre-direitos-humanos/>. Acesso em: 7 maio 2021.

NASCIMENTO, Hélio Costa. **A aplicação do princípio da proporcionalidade no código penal brasileiro: o furto de bagatela e o respeito à dignidade da pessoa humana.**

[S. l.], 08 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59698/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-no-codigo-penal-brasileiro-o-furto-de-bagatela-e-o-respeito-a-dignidade-da-pessoa-humana#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20tem,ou%20n%C3%A3o%20sua%20n%C3%A3o%20aplica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 7 maio 2021.

NEVES, Daniel. **História do Brasil:** Constituição de 1988. [S. l.]: Brasil Escola, [2021?].

Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/constituicao-1988.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988%2C%20tamb%C3%A9m,fim%20do%20autoritarismo%20dos%20militares.&text=Foi%20escrita%20durante%20o%20processo,por%20isso%20como%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Cidad%C3%A3>>. Acesso em: 7 maio 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2020.

PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. **O Direito de punir na Constituição de 1988 e os reflexos na execução da pena privativa de liberdade,** Fundação Edson Queiroz

Universidade De Fortaleza - Unifor Centro De Ciências Jurídicas - Ccj Programa De Pós-Graduação Em Direito Constitucional, v. 1, 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp123224.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2020.

SENADO. **Cada preso custa até R\$ 3 mil por mês aos cofres públicos.** Produção: TV

Senado. Brasil: [s. n.], 2019. 1 vídeo (3 min) Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=ExLZrZ27ATI>>. Acesso em: 7 maio 2021.

SILVA, Marcos Vinícius Moura (coord.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - junho de 2017.** Brasil, 2017. Disponível em:

<<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2021.

SODRÉ, Elaine Leonara de Vargas. **Justiça e Direito:** As primeiras normas jurídicas do Brasil Independente (1822-1832)., Revista do Corpo Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFRGS, v. 2, n. 4, p. 179-188, 2 nov. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59698/a-aplicacao-do-principio-da-proporcionalidade-no-codigo-penal-brasileiro-o-furto-de-bagatela-e-o-respeito-a-dignidade-da-pessoa-humana#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20insignific%C3%A2ncia%20em,ou%20n%C3%A3o%20sua%20n%C3%A3o%20aplica%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 7 maio 2021.

Capítulo 12

Meios coercitivos e indiretos de exação de tributos

*Lucas Vinícios Cruz
Henrique Avelino Lana*

1 Introdução

A Constituição da República Federativa do Brasil foi publicada em 05 de outubro de 1988, trazendo, em seu artigo 5º, um rol de direitos fundamentais, cuja proteção é imprescindível. Além destes, ao longo desta Constituição, há inúmeros outros direitos que também estão constitucionalmente resguardados. Desde a sua publicação, passaram-se trinta anos, isto é, já fazem trinta anos que a Constituição da República de 1988 está em vigor.

Durante estes trinta anos, a sociedade evoluiu. Todavia, os direitos previstos na Constituição permanecem assegurados, evitando, assim, que as pessoas sejam atingidas por eventuais abusos que possam ser praticados pela Administração Pública. Nesta senda, conforme resultado de uma pesquisa realizada em 2014, o Brasil possui uma das maiores cargas tributárias da América Latina. Desta forma, a tributação é uma enorme fonte de arrecadação do Estado, já que constitui cerca de 35% do PIB brasileiro¹.

Assim, como o pagamento de tributos é uma das maiores formas de arrecadação que o Estado possui, é normal que este faça de tudo para recebê-los. Porém, a Administração Pública instituiu algumas formas indiretas, não previstas em lei, para a obtenção do pagamento de tributos

¹ BRASIL. Ministério da Fazenda. **Carga Tributária no Brasil – 2014: Análise por Tributos e Bases de Incidência**. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

por parte do contribuinte, ou daquele que esteja obrigado por lei a realizar o pagamento do tributo.

Essas formas indiretas são as chamadas “sanções políticas”, que são restrições ou proibições impostas pelo Estado ao contribuinte, a fim de, indiretamente, forçá-lo a pagar algum tributo, assegurando a efetividade das obrigações tributárias.

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo realizar um estudo acerca da utilização das sanções políticas pelo Estado durante os trinta anos de vigência da Constituição da República de 1988, bem como demonstrar se tal conduta é contrária, ou não, à Constituição, analisando, ainda, qual é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e da doutrina acerca do tema.

Para tanto, isto é, para alcançar o objetivo principal desta pesquisa, será feito um breve estudo acerca do tributo e das suas características, passando pela hipótese de incidência tributária e fato gerador do tributo. Após, será explicada a obrigação tributária e o crédito tributário, bem como esclarecer a partir de quando o pagamento do crédito tributário poderá ser exigido pelo Fisco e como a Administração Tributária poderá cobrar o tributo.

Portanto, pode-se dizer que este tema possui grande relevância para o mundo jurídico, pois como será demonstrado, o Estado continua se valendo de formas coercitivas e abusivas para realizar a cobrança de tributos, embora tenha um procedimento próprio para que a Administração Pública realize a cobrança de tributos da maneira adequada.

2 A obrigação tributária

De acordo com o art. 3º do CTN, para se caracterizar um tributo, é necessário (i) ser prestação pecuniária, ou seja, ser uma obrigação de

pagar dinheiro aos cofres públicos; (ii) ter compulsoriedade, obrigatoriedade, não havendo liberdade contratual em querer pagar ou não; (iii) que não constitua sanção, pois o tributo não é multa, já que surge de algo lícito; (iv) ser instituído em lei, pois somente a lei, após todo o processo legislativo, pode instituir o tributo (princípio da legalidade tributária) e; (v) cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada, ou seja, a cobrança do tributo é um ato administrativo vinculado.

Cada ente federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), no limite da competência outorgada pela CR/88, irá instituir o tributo, mediante lei, ou seja, os entes federativos exercerão a competência tributária conforme dita o processo legislativo.

Nesta senda, a lei editada pelo poder legislativo para criar e instituir determinado tributo (norma tributária), em regra, deverá estabelecer o marco de incidência do tributo, ou seja, trazer determinada hipótese, hipótese esta que terá a descrição de um fato em abstrato que, quando este fato for praticado no mundo real, nascerá uma relação jurídica tributária.

Esta hipótese é denominada hipótese de incidência tributária, que nada mais é do que a descrição em abstrato de determinado fato que, quando constatada sua ocorrência no mundo real, nascerá uma obrigação tributária (FONTES, 2013, p. 124). Neste diapasão, conforme a explicação de Geraldo Ataliba, a hipótese de incidência é:

[...] a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é o espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho). É, portanto, mero conceito, necessariamente abstrato. É formulado pelo legislador fazendo abstração de qualquer fato concreto. Por isso é mera 'previsão legal (a lei é, por definição, abstrata, impessoal e geral) (ATALIBA, 2000, p.58).

Assim, uma vez ocorrida a hipótese de incidência, ou seja, se no mundo real, ocorrer a prática do fato previsto na lei em abstrato, ocorrerá o chamado fato gerador (também chamado de fato imponible²) do tributo, que se caracteriza pela ocorrência da hipótese de incidência no mundo real, ou seja, há a subsunção do fato à norma, que ocorre quando o contribuinte pratica o ato descrito na lei em abstrato.

Destarte, segundo Geraldo Ataliba (2000, p. 68), o fato imponible (ou fato gerador) é o fato concreto acontecido no universo fenomênico, que dá nascimento à obrigação tributária, por corresponder à descrição prevista na hipótese de incidência. De acordo com o Autor:

A lei (h.i.) descreve hipoteticamente certos fatos, estabelecendo a consistência de sua materialidade. Ocorridos concretamente estes fatos *hic et nunc*, com a consistência prevista na lei e revestindo a forma prefigurada idealmente na imagem legislativa abstrata, reconhece-se que desses fatos nascem obrigações tributárias concretas. A esses fatos, a cada qual, designamos fato imponible (ATALIBA, 2000, p. 68).

Desta forma, pode-se afirmar que “o fato gerador é a própria situação que, ocorrida, atrai a incidência da norma” (PAUSEN, 2017. p. 199). O fato gerador está previsto nos artigos 114 e 115 do Código Tributário Nacional, sendo que o art. 114³ trata do fato gerador da obrigação principal, que é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Em contrapartida, o art. 115⁴ do mesmo Código trata do fato gerador da obrigação acessória, que é qualquer situação que, na forma da legislação

² ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2000.

³ Art. 114, CTN. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

⁴ Art. 115, CTN. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

O fato gerador da obrigação acessória ocorre por exclusão, quer dizer que toda situação que dê origem a um dever que não tenha por objeto uma prestação pecuniária (tributo ou penalidade), será o fato gerador da obrigação acessória (AMARO, 2010, p. 283).

Note-se que o CTN, em alguns dispositivos, utiliza a expressão “fato gerador” para se referir tanto à circunstância abstrata⁵, definida pelo legislador (hipótese de incidência), quanto a cada um dos fatos concretos que correspondem àquela hipótese (fato imponible) (SHOUERI, 2014, p. 498).

Porém, “hipótese de incidência” não é sinônimo de “fato gerador”, pois a hipótese de incidência é a descrição legal de um fato, isto é, descrição da hipótese em que um tributo é devido, enquanto o fato gerador é o acontecimento do fato descrito na hipótese de incidência (MACHADO, 2014, p. 130). Nas palavras de Hugo de Brito Machado:

A expressão “hipótese de incidência” designa com maior propriedade a descrição, contida na lei, da situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, enquanto a expressão “fato gerador” diz da ocorrência, no mundo dos fatos, daquilo que está descrito na lei. A hipótese é simples descrição, é simples previsão, enquanto o *fato* é a concretização da hipótese, é o acontecimento do que fora previsto (MACHADO, 2014, p. 131).

Portanto, praticado no mundo concreto o fato previsto na lei (hipótese de incidência), ocorrerá o fato gerador e, uma vez ocorrido o fato gerador, nascerá a obrigação tributária do contribuinte pagar o

⁵ Exemplo de situação em que o CTN trata a hipótese de incidência por fato gerador está no art. 19 do CTN, que assim dispõe: “Art. 19. O imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional” (PAUSEN, 2017, p. 199).

tributo. Após o contribuinte praticar o fato gerador do tributo previsto na lei em abstrato, nascerá uma obrigação tributária, que pode ser definida como a relação jurídica que faz nascer o dever de alguém e o direito do Estado (MACHADO, 2014, p. 124). Esta obrigação tributária é composta pelo sujeito ativo que, na forma do artigo 119 do CTN⁶, é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento. Conforme Leandro Pausen:

O sujeito ativo da relação tributária é o credor da obrigação, tendo as prerrogativas de editar normas complementares necessárias à fiscalização e à cobrança, exercer a fiscalização, constituir o crédito tributário mediante lançamento, inscrevê-lo em dívida ativa e exigir o seu pagamento, se necessário, mediante o ajuizamento de execução fiscal (PAUSEN, 2017, p. 206).

Além do sujeito ativo, a obrigação tributária também é composta pelo sujeito passivo, que conforme artigo 121 do CTN⁷ é a pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, podendo se caracterizar pela figura do contribuinte (art. 121, p. único, inciso I do CTN) ou do responsável (art. 121, p. único, inciso II do CTN).

Importante destacar que o artigo 113 do CTN preleciona que a obrigação tributária pode ser principal ou acessória, sendo que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, e tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente (art. 113, §1º, CTN). Ou seja, o sujeito

⁶ Art. 119, CTN. Sujeito ativo da obrigação é a pessoa jurídica de direito público, titular da competência para exigir o seu cumprimento.

⁷ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

passivo tem o dever de pagar pecúnia ao sujeito ativo, após a ocorrência do fato gerador.

A obrigação principal será sempre uma relação patrimonial, ou seja, será sempre uma obrigação de dar, tendo em vista que a obrigação principal “consiste em levar dinheiro aos cofres públicos, para pagamento do tributo ou penalidade pecuniária concretamente aplicada” (ICHIHARA, 2005, p. 122).

Em contrapartida, a obrigação acessória, de acordo com o art. 113, §2º, do CTN, tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos, ou seja, a obrigação acessória será sempre uma relação não patrimonial, uma obrigação de fazer, será “a prestação positiva ou negativa, que denota atos ‘de fazer’ ou ‘não fazer’, despidos do timbre de patrimonialidade” (SABBAG, 2017, p. 782). Desta forma, as obrigações acessórias terão como conteúdo, por exemplo, a elaboração e guarda de livros fiscais, a emissão de documentos fiscais, etc. (PAUSEN, 2017, p. 195). Quanto às obrigações tributárias, Luciano Amaro aduz que:

As obrigações tributárias (gênero com o qual o diploma pretendeu abranger todos os deveres legais dos destinatários das normas tributárias, até mesmo o dever de satisfazer a exigência de multa por infração à lei!) foram segregadas nos dois referidos grupos: a) principais, compreendendo os deveres legais que tenham por objeto o pagamento de tributo (prestação pecuniária de natureza não sancionatória) e o pagamento de penalidade pecuniária (que, como se sabe, é sanção e não tributo); e b) acessórias, que abrangem os demais deveres estabelecidos nas leis tributárias, que não tenham conteúdo pecuniário (AMARO, 2010, p. 282).

Assim, a diferença entre a obrigação principal e a obrigação acessória reside no fato de que a primeira tem como objetivo dar dinheiro ao Estado,

enquanto a segunda tem como objetivo um fazer ou não fazer alguma coisa, sem caráter patrimonial (BALEEIRO, 2013, p. 1084).

A obrigação acessória, quando não observada, faz nascer uma obrigação principal relativamente à atividade pecuniária (art. 113, §3º, CTN). Veja-se, o inadimplemento de uma obrigação acessória não a converte em obrigação principal, mas sim faz nascer para o Fisco o direito de constituir um crédito tributário contra o inadimplente, cujo conteúdo é a penalidade pecuniária, ou seja, a multa (MACHADO, 2014, p. 126). Porém, o simples fato de existir uma obrigação tributária não dá ao Estado o direito de exigir o pagamento do tributo. Isto, pois a obrigação tributária é ilíquida e inexigível. Neste sentido, Hugo de Brito Machado aduz que:

Na obrigação tributária existe o dever do sujeito passivo de pagar o tributo, ou a penalidade pecuniária (obrigação principal) ou, ainda, de fazer, de não fazer ou de tolerar tudo aquilo que a legislação tributária estabelece no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos. Essas prestações, todavia, não são desde logo exigíveis pelo sujeito ativo. Tem este apenas o direito de fazer contra o sujeito passivo um lançamento, criando, assim, um crédito. O crédito – este, sim – é exigível. Entendida a palavra “exigível” no sentido de que o crédito pode ser cobrado judicialmente, posto que pode ser inscrito em Dívida Ativa, e a certidão dessa inscrição é título executivo extrajudicial (MACHADO, 2014, p. 125).

Destarte, para que o Estado possa exigir o pagamento do tributo, é preciso constituir (formalizar) um crédito a seu favor. A este crédito, dá-se o nome de crédito tributário. Hugo de Brito Machado (MACHADO, 2014, p. 176), ao interpretar a definição de crédito tributário, aduz que o crédito tributário é o vínculo jurídico obrigacional, por meio do qual o Estado, na condição de sujeito ativo, pode exigir do sujeito passivo, o pagamento do tributo.

Conforme dispõe o artigo 139 do CTN, “o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta”. Destarte, o crédito tributário é constituído pelo lançamento, que conforme o artigo 142 do CTN⁸, consistente em um procedimento administrativo de liquidação da obrigação tributária, que após verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo, podendo, ainda, propor a aplicação da penalidade cabível. Ao interpretar o art. 142 do CTN, Eduardo Sabbag menciona quais são as funções do lançamento:

1. Verificar a ocorrência do fato gerador: a ocorrência do fato imponible, como fato da vida real, descrito na norma, enseja o nascimento da obrigação tributária. Havendo a constituição do liame obrigacional, é possível se falar em quantificação e qualificação da obrigação tributária, por meio do lançamento;
2. Determinar a matéria tributável: visa reproduzir o espectro material de incidência, ou seja, ater-se ao elemento nuclear do tributo exigível. Com o lançamento, permite-se a aferição do *an debeatur* (o “se devido”). (...) Cabe ao lançamento externar tal núcleo tributável de incidência;
3. Calcular o montante do tributo devido: permite-se a aferição do *quantum debeatur* (o “quanto devido”). Assim, o lançamento torna o crédito tributário, antes inexigível e ilíquido, em crédito exigível e líquido. A liquidez, como é cediço, é atributo daquilo que se define, com precisão, quanto à extensão e limites;
4. Identificar o sujeito passivo: o lançamento tem o condão de demarcar, concretamente, a sujeição passiva, definida, normativamente e abstratamente, na lei tributária, no bojo da estrita legalidade (art.97, III, CTN);
5. Propor, se for o caso, a aplicação da penalidade cabível: é o veículo hábil à exigibilidade das sanções cobradas em virtude do descumprimento da obrigação tributária. Nessa medida, o lançamento particulariza,

⁸ Art. 142, CTN. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

concretamente, a exigibilidade da multa, definida, normativa, restritiva e abstratamente, na lei tributária (art. 97, V, CTN) (SABBAG, 2017, p. 867).

Neste sentido, o lançamento é o instrumento que confere exigibilidade à obrigação tributária, quantificando-a e qualificando-a. Ou seja, à obrigação tributária, que é ilíquida e inexigível, deve-se atribuir certeza e liquidez, que se dão pela atuação do Fisco, por intermédio do lançamento (SABBAG, 2017, p. 865). Ainda nas palavras do autor:

O lançamento, por sua vez, trazendo certeza e liquidez à relação jurídico tributária, é o instrumento capaz de conferir ao Fisco a percepção do importe tributário a que tem direito, em face da ocorrência do fato gerador que o antecede. Com ele, o sujeito ativo fica habilitado a exercer o ato de cobrança, quer administrativa, em um primeiro momento, quer judicial, caso aquela se mostre malsucedida (SABBAG, 2014, p. 790).

Assim, após a constituição do crédito tributário pelo lançamento, o sujeito passivo será notificado para realizar o pagamento do valor devido no prazo legal, apresentar defesa (impugnação) ou não fazer nada. Caso o sujeito passivo apresente defesa à cobrança e a decisão administrativa seja desfavorável, ou ainda, não pagando e nem apresentando defesa, ocorrerá a constituição definitiva do crédito tributário e este deverá ser inscrito em dívida ativa, ocasião em que será extraída uma certidão de dívida ativa (CDA). De posse da CDA, que tem natureza de prova pré-constituída da existência do crédito, a Fazenda poderá ingressar com Ação de Execução Fiscal contra o devedor (NUNES, 2010, p. 447). Conforme Eduardo Sabbag:

Segundo o art. 201 do CTN, o crédito tributário, quando não pago na órbita administrativa às repartições arrecadoras, dentro do prazo legal ou, ainda, quando resulte de uma decisão administrativa ou judicial do qual ele advenha,

converter-se-á em dívida ativa tributária da Fazenda Pública, pelo procedimento intitulado “inscrição” nos livros da repartição competente para tal intento [...]” (SABBAG, 2017, p. 1059).

Ao inscrever o crédito em dívida ativa, além de trazer exequibilidade à relação jurídico tributária, será emitida uma Certidão de Dívida Ativa (CDA), que é um título executivo extrajudicial, conforme artigo 784, IX do Código de Processo Civil⁹. Assim, com a CDA, o Estado criará o cenário hábil para a cobrança do crédito tributário na via judicial, através de Ação de Execução Fiscal, na forma prevista na Lei 6.830/80, a chamada Lei de Execução Fiscal (SABBAG, 2017, p. 1060).

Ou seja, a inscrição do crédito tributário em dívida ativa cria o título líquido e certo, ao passo que a certidão de inscrição em dívida ativa o documenta para entrada da Fazenda em juízo (BALEEIRO, 2013, p. 1480). Portanto, apenas após a constituição definitiva do crédito tributário e a sua devida inscrição em dívida ativa, o Estado poderá exigir o pagamento do crédito tributário na esfera judicial, por intermédio da Ação de Execução Fiscal, tendo em vista que haverá um título executivo que poderá ser executado.

3 Meios coercitivos e indiretos de exação de tributos

Uma vez constituído o crédito tributário e emitida a CDA, o Fisco deve realizar a sua cobrança na via judicial. Neste caso, após a constituição definitiva do crédito tributário, munido da CDA, o Estado deve seguir um rito especial previsto na Lei 6.830/80, denominada Lei de Execução Fiscal, que traz o método adequado para a execução judicial do crédito tributário, por intermédio da Ação de Execução Fiscal¹⁰ (PAUSEN, 2017, p. 463).

9 Art. 784 CPC. São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

¹⁰ A Ação de Execução Fiscal é a ação judicial que dispõe a Fazenda Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (e suas autarquias) para a cobrança de seus créditos (tributários ou não) inscritos em dívida ativa

Isto pois, ao Fisco, não é dado o poder de proceder à execução administrativa do crédito tributário. Ou seja, não tem prerrogativa de efetuar, por ato próprio, a constrição do patrimônio do devedor, não podendo realizar diretamente o bloqueio ou a indisponibilidade de bens, tampouco atos expropriatórios (PAUSEN, 2017, p. 463).

Porém, não raro, o Fisco deixa de utilizar a Ação de Execução Fiscal prevista na Lei 6.830/80 para cobrar o crédito tributário, valendo-se das chamadas “sanções políticas” para compelir o sujeito passivo a realizar o pagamento do tributo. Neste diapasão, conforme Hugo de Brito Machado (2014, p. 511), as sanções políticas são restrições ou proibições impostas aos direitos do contribuinte, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do tributo. Ou seja, as sanções políticas são formas coercitivas e indiretas que o Estado utiliza para compelir o contribuinte a pagar tributos. De acordo com Gabriele Sant’Anna Oliveira Brum, as sanções políticas:

Constituem-se em hipóteses de restrição de liberdade – notadamente ao livre exercício da atividade econômica ou profissional lícita – que o Estado impõe, de forma oblíqua, aos contribuintes, para induzi-los ou coagi-los à satisfação de um débito tributário ou ao cumprimento de uma obrigação tributária acessória (BRUM, 2014).

Florence Haret (2015, p. 334-346) entende que sanções políticas são “as diferentes formas de meio coercitivo de cobrar tributo usado pelo Fisco, alheias à técnica do lançamento”. E complementa, ao dizer que “toda atuação do Estado em que o contribuinte encontrar-se-ia coagido a quitar a pendência sem poder questionar o passivo configura sanção política”.

(cadastro), regulada pela Lei n. 6.830/1990 (LEF – Lei de Execução Fiscal) e subsidiariamente pelo CPC – Código de Processo Civil. Tem por escopo expropriar o contribuinte de seu patrimônio, a fim de que seja satisfeita a pretensão fiscal (pagamento do crédito) (FONTES, 2013, p. 202).

Lopes e Magalhães (2015, p. 286) prelecionam que as sanções políticas podem ser definidas como uma coação que o Estado exerce sobre o contribuinte para forçá-lo a adimplir a obrigação tributária. Vejamos:

Em suma, sob a ótica do Direito Tributário Sancionador podemos definir as sanções políticas como uma coação que o Estado exerce sobre o contribuinte para forçá-lo a adimplir com sua obrigação tributária, mediante a utilização de meios, a priori, impróprios, ilegais e inconstitucionais para a cobrança do tributo (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 286).

Destarte, as sanções políticas violam diversos direitos e princípios constitucionais previstos no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como adiante será demonstrado. Porém, mesmo violando direitos dos contribuintes, durante os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988 as sanções políticas foram e continuam sendo praticadas pelo Estado, geralmente por puro comodismo das autoridades da Administração Tributária, que encontram nas sanções políticas um meio mais fácil de fazer a cobrança de tributos (MACHADO, 2014, p. 512).

Isto, pois, dia após dia, a Administração Pública pratica formas de sanções políticas na fiscalização tributária, tais como a apreensão de mercadorias, a interdição de estabelecimento comercial, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a indisponibilidade injustificada de bens, dentre outras.

De acordo com Hugo de Brito Machado Segundo (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 352), embora as autoridades que integram o Fisco tenham conhecimento da invalidade das sanções políticas e do posicionamento do STF acerca destas, as sanções políticas são comumente praticadas pelas autoridades. Além disso, frequentemente, a prática das sanções políticas não é documentada, no intuito de dificultar o acesso do

contribuinte ao Judiciário. Desta forma, Hugo de Brito Machado cita diversos exemplos de sanções políticas que, não raro, são utilizadas pelo fisco. Vejamos:

São exemplos mais comuns de sanções políticas a apreensão de mercadorias sem que a presença física destas seja necessária para a comprovação do que o fisco aponta como ilícito; o denominado regime especial de fiscalização, a recusa de autorização para imprimir notas fiscais, a inscrição em cadastro de inadimplentes com as restrições daí decorrentes, a recusa de certidão negativa de débito quando não existe lançamento consumado contra o contribuinte, a suspensão e até o cancelamento da inscrição do contribuinte no respectivo cadastro, entre muitos outros. (MACHADO, 2017).

Referidas sanções, na maioria das vezes, não estão positivadas na legislação, sendo que as restrições a direitos dos contribuintes decorrem de simples atos administrativos discricionários por parte da Administração Pública.

Sendo assim, as sanções políticas são formas indiretas e coercitivas utilizadas pelo Estado para compelir o contribuinte a adimplir a obrigação tributária. São restrições ao exercício da atividade econômica lícita imposta pelo Estado ao contribuinte, no intuito de, indiretamente, forçá-lo a adimplir o crédito tributário.

Conforme foi acima mencionado, o Estado, no intuito de arrecadar dinheiro aos cofres públicos, não raro utiliza sanções políticas para forçar o contribuinte a pagar o crédito tributário que, muitas vezes, é indevido. Assim, o contribuinte, inúmeras vezes, possui suas mercadorias apreendidas, tem seu estabelecimento comercial fechado, não consegue expedir uma certidão positiva, dentre outras formas de coerção estatal, apenas por estar inadimplente com suas obrigações fiscais. Porém, as

sanções políticas violam direitos e garantias constitucionais do contribuinte, conforme abaixo será demonstrado.

As sanções políticas violam o direito do contribuinte ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República, que dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 351). Este direito fundamental é de suma importância para a efetividade do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que obriga o Estado a observar as normas processuais para que possa privar alguém dos seus bens Jurídicos (NUNES, 2010, p. 446).

Neste diapasão, com as sanções políticas, o contribuinte ficará impossibilitado de impugnar o crédito tributário, ou seja, não poderá oferecer impugnação na esfera administrativa ou opor embargos à execução fiscal, não restando outra opção ao contribuinte, senão pagar o crédito tributário. Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo aduz que:

[...] efetuado um lançamento equivocado, o contribuinte pode oferecer impugnação administrativa, que suspende a exigibilidade do crédito tributário. Caso não haja êxito na esfera administrativa, ou não tenha sido exercida a opção pela sua utilização, o contribuinte pode, uma vez executado, oferecer bens à penhora, e discutir, em sede de embargos, a validade do lançamento correspondente. Essa é a maneira válida de constituição e cobrança de um crédito tributário, porque assegura o exercício das faculdades decorrentes do devido processo legal. Com a aplicação das sanções políticas, o contribuinte é colocado diante da opção de pagar incondicionalmente o crédito – sem discuti-lo – ou ver ceifado o seu direito ao livre exercício de uma atividade profissional ou econômica (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 351).

Portanto, pode-se afirmar que as sanções políticas violam o direito ao devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição

Federal de 1988. As sanções políticas violam expressamente o direito ao contraditório e ampla defesa¹¹, previstos no art. 5º, LV, da Constituição da República de 1988¹², que são desdobramentos do devido processo legal, eis que, quando tais atos são praticados, o contribuinte que, supostamente, estaria em débito com a Fazenda, ficaria impossibilitado de discutir eventual ilegalidade acerca do tributo exigido.

Isto pois, quando a sanção política é praticada pelo Fisco, o contribuinte, muitas vezes, precisa optar por se submeter às sanções políticas, pagando o crédito tributário, ou discutir a legalidade do crédito tributário na esfera judicial e da forma que tal crédito está sendo cobrado, correndo o risco de ter a sua atividade empresarial prejudicada.

Veja-se, por exemplo, o contribuinte que tem seu estabelecimento comercial interdito por estar inadimplente com a Fazenda Pública. Ora, a cada dia de interdição, este contribuinte estará impossibilitado de exercer a sua atividade profissional e, conseqüentemente, estará sofrendo enormes prejuízos. Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo aduz que:

Mais claro e patente, porém, é o desrespeito ao devido processo legal, do qual o contraditório e a ampla defesa são desdobramentos. A apreensão descabida põe o contribuinte na condição de escolher o exercício de seu direito de defesa em face de uma exigência fiscal que considera indevida ou a liberação e mercadorias ou bens indispensáveis às suas atividades econômicas mediante o pronto pagamento de tudo que lhe é exigido, sem questionamentos (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 83).

¹¹ Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2017, p. 85).

¹² Art. 5º, inciso LV, CR/88 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Em razão destas situações e outras mais, não raro, o contribuinte, quando vítima destes atos coercitivos praticados pela Administração Pública, prefere abrir mão do seu direito de defesa e se submeter às sanções políticas, pagando o crédito tributário que, muitas vezes, é indevido, tendo em vista que pagar é mais rápido e menos custoso do que discutir judicialmente a legalidade do crédito tributário.

Há de se destacar, ainda, que ao se valer de sanções políticas no intuito de satisfazer o crédito tributário, o Estado está violando a legalidade, prevista nos artigos 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988¹³, que dispõe que ninguém será obrigado a fazer alguma coisa, senão em virtude de lei. Desta forma, o processo judicial e todos os procedimentos administrativos devem observar a forma prevista em lei. Neste sentido, Hugo de Brito Machado Segundo salienta que:

Por legalidade, entende-se a garantia concedida aos cidadãos de que estes somente por lei poderão ser obrigados a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. Consagrada no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988, a legalidade impõe-se nas relações processuais como nos atos do Poder Público de uma maneira geral. Desse modo, não apenas os procedimentos administrativos de controle interno da legalidade dos atos administrativos preliminares (v.g., uma fiscalização tributária), como também o processo administrativo de controle interno da legalidade dos atos administrativos, e o processo judicial tributário, enfim, toda a atividade processual tributária desenvolve-se, como não poderia deixar de ser, nos termos em que prevista previamente em lei (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 21).

¹³ CRFB/88 – 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: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Neste diapasão, de acordo com o Direito Administrativo, a legalidade também está prevista no art. 37 da Constituição Federal de 1988¹⁴, mas possui outra acepção, que dispõe que a Administração Pública só poderá fazer o que a lei determina¹⁵.

Isto, pois para os particulares, a regra é a autonomia da vontade, enquanto a Administração Pública não tem vontade autônoma, já que expressa a “vontade geral”, manifestada pelos representantes do povo, motivo pelo qual, para a Administração Pública, não é suficiente a ausência de proibição em lei para que possa agir, é necessária a existência de uma lei que imponha ou autorize determinada atuação administrativa (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 189).

Ora, conforme já foi acima mencionado, a forma correta para o Estado cobrar o crédito tributário é através de Ação de Execução Fiscal, cujo rito está previsto na Lei 6.830/80. Portanto, ao praticar atos que configuram sanção política para compelir o contribuinte a pagar o crédito tributário ao invés de ajuizar Ação de Execução Fiscal, conseqüentemente, o Estado estará violando o princípio da legalidade previsto no Texto Constitucional, motivo pelo qual, pode-se concluir pela inconstitucionalidade das sanções políticas pela violação à legalidade.

As sanções políticas também violam o direito à livre iniciativa e o direito ao livre exercício da atividade econômica, previstos nos artigos 5º, XIII¹⁶ e 170, parágrafo único¹⁷, todos da Constituição da República

¹⁴ CRFB/88 – Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁵ Importante ressaltar, que a Administração Pública deverá observar não apenas o disposto nas leis, pois também deverá observar os princípios jurídicos e do ordenamento jurídico como um todo, isto é, a Administração pública deverá atuar conforme a lei e o direito, conforme redação do art. 2º, inciso I, parágrafo único, da Lei 9.784/99 (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 190).

¹⁶ CRFB/88 – Art. 5º, XIII, CR/88 - É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

¹⁷ CRFB/88 – Art. 170, parágrafo único, CR/88 - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Federativa do Brasil de 1988. Neste sentido, Hugo de Brito Machado aduz que:

As sanções políticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: (a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente CF; e (b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade qual a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal (MACHADO, 2014, p. 511).

Quando o Fisco apreende mercadorias do contribuinte, ou interdita seu estabelecimento comercial, tal ato influencia diretamente no exercício da atividade econômica do contribuinte, tendo em vista que este estará impedido de exercer a sua atividade profissional. Florence Haret possui o mesmo entendimento, ao dizer que “é prática contrária aos direitos fundamentais dos contribuintes, ferindo garantias como livre exercício do trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII), da atividade econômica (CF, art. 170, parágrafo único) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV)” (2015, p. 334-346).

Ora, todos tem o direito ao livre exercício da atividade econômica, inclusive o contribuinte que está inadimplente. Neste diapasão, Sacha Calmon salienta que “tudo o mais que o legislador ordinário fizer visando direta ou indiretamente impedir ou restringir o exercício dos ofícios e das profissões será inconstitucional” (COÊLHO, 1980, p. 141, 142 e 143). Neste sentido, Leandro Paulsen aduz que:

Quanto às restrições a direitos, cabe considerar, inicialmente, que o direito ao exercício de atividade econômica ou profissional não pode ser restringido em razão da pura e simples existência de débitos do contribuinte. Tratando-se de

direitos constitucionais, seria medida desproporcional tal restrição, mormente considerando que há meios próprios à disposição do Fisco para a cobrança dos seus créditos. Assim, medidas como a interdição de estabelecimento, não autorização da emissão de documentos fiscais, vedação da aquisição de estampilhas e cassação de habilitação profissional não são admitidas, constituindo o que se costuma designar de “sanções políticas” (PAULSEN, 2017, p. 224).

Logo, qualquer que seja a restrição que implique em cerceamento da liberdade de exercer atividade lícita é inconstitucional, porque contraria o disposto nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único da Carta Maior (MACHADO, p. 46).

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são aplicados principalmente no controle de atos discricionários da Administração Pública, que impliquem restrição ou condicionamento aos direitos dos administrados (no caso, do contribuinte) ou imposição de sanções administrativas (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 201).

Neste diapasão, de acordo com Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo (2011, p. 202 e 203), o princípio da razoabilidade¹⁸ está ligado à adequação e necessidade do ato ou da atuação da Administração Pública, “adequados à consecução do fim almejado e que sua utilização, especialmente quando se trate de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária”.

Na mesma esteira, o princípio da proporcionalidade, de acordo com os autores, impede que a Administração Pública restrinja os direitos do particular além do que seria necessário, tendo em vista que “ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não

¹⁸ O princípio da razoabilidade, segundo o STF, está positivado implicitamente na CRFB/88, podendo ser deduzido do art. 5º, inciso LIV, que trata do devido processo legal, por entender que o devido processo legal deve ser regido por leis razoáveis (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 22).

sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público” (ALEXANDRINO; PAULO, 2011, p. 203). Logo, a prática da sanção política configura ato administrativo desproporcional e carente de razoabilidade, contribuindo com a sua inconstitucionalidade.

4 O entendimento jurisprudencial

Devido ao grande número de demandas sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se posicionou de forma favorável ao contribuinte, repudiando as sanções políticas, no sentido de que é inconstitucional a utilização destas. Para tanto, foram editadas as súmulas 70, 323 e 547.

A Súmula 70 dispõe que é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. Reza a Súmula 323 que é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributo. Por fim, a súmula 547 preleciona que não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Quanto à súmula 70 do STF, esta teve como precedente o RMS n. 9.698/GB¹⁹, de relatoria do Min. Henrique D’Ávila, que levantou a discussão sobre a possibilidade de interdição de estabelecimento comercial como meio coercitivo para compelir o contribuinte recorrente a pagar débito que entende estar erroneamente quantificado, relativamente ao imposto de vendas e consignações incidentes sobre a atividade de construção civil (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 289).

¹⁹ Na ementa do RMS 9.698/GB, constou: “Não é lícito ao Fisco interditar estabelecimentos comerciais com o propósito de os compelir ao pagamento de impostos ou multas. Os contribuintes têm o direito de impugnar a legitimidade dos débitos fiscais, quando convocados, pelos meios regulares, a satisfazê-los. Recurso de Mandado de Segurança. Seu provimento. (RMS 9698, Relator(a): Min. HENRIQUE D’AVILA, Tribunal Pleno, julgado em 11/07/1962, DJ 05-11-1962 PP-03295 EMENT VOL-00520-01 PP-00219)”.

Em relação à súmula 323 do STF, esta teve como precedente o RE 39.933²⁰, de relatoria do Min. Ary Franco, em que se discutiu a inconstitucionalidade do art. 75 do Código Tributário Municipal de Major Izidoro/AL, dispositivo este que criou a possibilidade de apreensão de mercadorias ou bens para arrecadar dívidas fiscais (LOPES; MAGALHÃES, 2015, p. 289).

Acerca da súmula 547 do Supremo Tribunal Federal esta súmula teve como precedentes o RE 64.054/SP²¹, de relatoria do então Min. Aliomar Baleeiro. Importante destacar que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, no julgamento do RE 241340, transcreveu o entendimento do STF pela inconstitucionalidade das sanções políticas, ao salientar que:

Em uma série de precedentes, esta Corte tem constantemente reconhecido a inconstitucionalidade das sanções políticas em matéria tributária. Sanções políticas referem-se a quaisquer instrumentos ou expedientes cujo objetivo é induzir o sujeito passivo ao pagamento de tributo, em prejuízo do direito de petição (acesso à administração e ao Judiciário) e do direito ao exercício de atividade profissional ou econômica lícita. Em outras palavras, entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução oblíqua ou coação indireta ao pagamento de tributos (RE 241340, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, julgado em 14/03/2012, publicado em DJE-062 DIVULG 26/03/2012 PUBLIC 27/03/2012).

²⁰ No RE 39.933/AL, o Min. Rel. Ary Franco constou em seu voto: “No que diz respeito à apreensão de mercadoria, como forma de cobrança de dívida fiscal, é manifesta a ilegalidade do ato da corrente. Não lhe cabe, na espécie, fazer justiça de mão própria se a lei estabelece a ação executiva fiscal, para a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública em geral”. (RE 39933 segundo, Relator(a): Min. ARY FRANCO, Tribunal Pleno, julgado em 09/01/1961, DJ 13-04-1961 PP-00515 EMENT VOL-00454-03 PP-01195). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=262598>>. Acesso em 06/11/2017.

²¹ Na ementa do RE 64.054, constou: “Solve e repete. A jurisprudência do S.T.F. já se pacificou no sentido de que não sobrevivem, no direito atual, as medidas restritivas das atividades profissionais, lícitas, dos contribuintes, que os Dec. Leis ns. 5 e 42. de 1937, autorizavam. (RR.EE. ns.60.664 e 63.047, do Pleno, unânimes, de 14.2.68). (RE 64054, Relator(a): Min. Aliomar Baleeiro, Segunda Turma, julgado em 05/03/1968, DJ 26-04-1968 PP-01395 EMENT VOL-00724-02 PP-00578)”

Aqui, cumpre inserir a ementa do ARE 914045/MG, julgado pelo Tribunal Pleno do STF, cuja repercussão geral foi reconhecida. Neste julgado, datado de novembro de 2015, em que se discutiu o condicionamento do deferimento de inscrição em cadastro de produtor rural à regularização de débitos fiscais constantes em PTAs, foi reiterado o entendimento da Corte, no sentido de que é inconstitucional a restrição imposta pelo Estado ao livre exercício da atividade econômica com o objetivo de cobrança indireta de tributos. Veja-se:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. REPERCUSSÃO GERAL. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL PLENO DO STF. RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELO ESTADO. LIVRE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL. MEIO DE COBRANÇA INDIRETA DE TRIBUTOS. 1. A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da Constituição Federal, e 481, parágrafo único, do CPC. 2. O Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente entendido que é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quanto aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos. 3. Agravo nos próprios autos conhecido para negar seguimento ao recurso extraordinário, reconhecida a inconstitucionalidade, incidental e com os efeitos da repercussão geral, do inciso III do §1º do artigo 219 da Lei 6.763/75 do Estado de Minas Gerais (ARE 914045 RG, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 15/10/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-232 DIVULG 18-11-2015 PUBLIC 19-11-2015).

Embora o Supremo Tribunal Federal já tenha sumulado o seu entendimento, o Estado continua praticando atos que caracterizam sanção política, motivo pelo qual, reiteradamente, a Suprema Corte continua julgando casos sobre o tema, como, por exemplo, o AI 798210 AgR²² e o RE 787241²³.

Noutro giro, em 2013, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 550.769/RJ²⁴, por maioria (vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Marco Aurélio), entendeu que, em casos excepcionais de inadimplemento contumaz do sujeito passivo, é admissível a restrição a determinados direitos do contribuinte, preservando-se o direito à livre-concorrência, tendo como finalidade o adimplemento do crédito tributário.

²² Agravo regimental no agravo de instrumento. 2. Tributário. 3. Norma local que condiciona a concessão de regime especial de tributação à apresentação de CND. Meio indireto de cobrança de tributo. Ofensa ao princípio da livre atividade econômica. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - AI 798210 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012)

²³ RECURSO EXTRAORDINÁRIO – LEGISLAÇÃO LOCAL. A apreciação do recurso extraordinário faz-se considerada a Constituição Federal, descabendo interpretar normas locais visando a concluir pelo enquadramento no permissivo do inciso III do artigo 102 da Carta da República. TRIBUTO – FISCALIZAÇÃO – REGIME ESPECIAL – “SANÇÃO POLÍTICA” – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual por meio da qual são impostas restrições ao exercício da atividade econômica ou profissional do contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, caracterizada forma oblíqua de cobrança de tributos – Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo. Precedentes: Recursos Extraordinários nº 413.782-8/SC e 565.048/RS, ambos de minha relatoria (STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RE 787241 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 05/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-097 DIVULG 22-05-2015 PUBLIC 25-05-2015).

²⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO-PAGAMENTO DE TRIBUTO. INDÚSTRIA DO CIGARRO. REGISTRO ESPECIAL DE FUNCIONAMENTO. CASSAÇÃO. DECRETO-LEI 1.593/1977, ART. 2º, II. 1. Recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II). 2. Alegada contrariedade à proibição de sanções políticas em matéria tributária, entendidas como qualquer restrição ao direito fundamental de exercício de atividade econômica ou profissional lícita. Violação do art. 170 da Constituição, bem como dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. 3. A orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal rechaça a aplicação de sanção política em matéria tributária. Contudo, para se caracterizar como sanção política, a norma extraída da interpretação do art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977 deve atentar contra os seguintes parâmetros: (1) relevância do valor dos créditos tributários em aberto, cujo não pagamento implica a restrição ao funcionamento da empresa; (2) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle do ato de aplicação da penalidade; e (3) manutenção proporcional e razoável do devido processo legal de controle da validade dos créditos tributários cujo não-pagamento implica a cassação do registro especial. 4. Circunstâncias que não foram demonstradas no caso em exame. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

Ressalta-se que se trata de mera exceção, cujo entendimento se deu em razão de um caso específico, com as suas peculiaridades, em razão de um devedor contumaz. O RE 550.769/RJ discutiu a constitucionalidade do art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977²⁵, que prevê a possibilidade de cancelamento de registro especial para a produção de cigarros, em razão de inadimplemento tributário.

É importante destacar que, neste julgado, o Supremo Tribunal Federal não entendeu que as sanções políticas são permitidas, mas sim que a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/77 não configura uma sanção política, mas apenas uma restrição a um direito (direito à livre atividade econômica lícita e acesso à jurisdição), em razão de outro (direito à livre-concorrência e dever de pagar tributos). Inclusive, no voto do Min. Joaquim Barbosa, relator do RE 550.769/RJ, este rechaça as sanções políticas, reiterando o entendimento do STF acerca do tema. Veja-se:

O Supremo Tribunal Federal possui uma venerável linha de precedentes que considera inválidas as sanções políticas. Entende-se por sanção política as restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos. Como se depreende do perfil apresentado e da jurisprudência da Corte, as sanções políticas não se limitam a um único semblante, mas podem assumir uma série de formatos. A interdição de estabelecimento e a proibição total do exercício de atividade profissional são apenas os exemplos mais conspícuos. (...) A orientação firmada pela Corte também invoca o direito fundamental ao exercício profissional e de atividade econômica lícita, e rechaça a aplicação de sanções políticas tributárias independentemente da forma que as restrições possam tomar (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

25 Decreto-lei 1593/1977 - Art. 2º O registro especial poderá ser cancelado, a qualquer tempo, pela autoridade concedente, se, após a sua concessão, ocorrer um dos seguintes fatos: [...] II - não-cumprimento de obrigação tributária principal ou acessória, relativa a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal;

O repúdio às sanções políticas pelo Supremo Tribunal Federal continua. O que entendeu a maioria dos Ministros da Corte foi que, neste caso concreto, o art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977 não contraria a Constituição Federal de 1988, tendo em vista que tal dispositivo visa, apenas, impedir a prática do ilícito pelo inadimplente contumaz, preservando o direito constitucional da livre concorrência, motivo pelo qual, em tese, não se trata de uma sanção política.

De toda sorte, o entendimento adotado pelo Ministro Gilmar Mendes, embora tenha sido vencido, parece-nos o mais correto, em plena consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Aduziu o Ministro que, em verdade, o art. 2º, II, do Decreto-lei 1593/1977 se trata de sanção política. Veja-se trechos do voto do Ministro Gilmar Mendes, no RE 550.769/RJ:

Rigorosamente, a mim não me parece que a disposição impugnada encontre outro sentido, no ordenamento jurídico vigente, a não ser o de reforçar a eficácia das normas tributárias que oneram o segmento econômico em questão. Por isso, não tenho dúvida em afirmar que se trata de regra com clara natureza de “sanção política”, estabelecida em benefício da arrecadação fiscal e em evidente descompasso com a jurisprudência desta Corte. [...] Não vejo diferença jurídica significativa entre a medida imposta pela art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977 e aquelas previstas nas súmulas 70, 323 e 547. Em todas essas hipóteses, está-se diante de medidas com natureza de sanção política. Nota-se que o fato jurídico que dá ensejo ao cancelamento do registro especial, com fundamento no inciso II do art. 2º, é rigorosamente o mesmo que motiva a aplicação das sanções diretas de multa e/ou execução fiscal: o mero descumprimento da obrigação tributária, seja ela acessória ou principal. Em outras palavras, descumprindo a legislação tributária federal, a Fazenda Nacional poderá, conforme o caso, impor multa, promover execução fiscal e ainda proibir, de todo, o desempenho da atividade econômica em questão, nos casos de cancelamento do registro. Não me parece que esta última medida

deva ser providência posta à disposição da autoridade fiscal. Trata-se, nitidamente, de sanção política, semelhante a outras tantas contra as quais já se pronunciou esta Corte. (...) Além disso, não se pode perder de vista a gravidade dos efeitos do ato administrativo de cancelamento do “registro especial”. Na prática, a aplicação da medida representa uma verdadeira pena de morte da pessoa jurídica, máxime nos casos em que o objeto social da pessoa jurídica confunde-se com a atividade que justifica a exigência do regime especial, ou seja, a fabricação de cigarro. Nessas hipóteses, ter-se-ia algo semelhante à decretação da extinção da pessoa jurídica, por meio de ato administrativo. (...) Também, não entendo que os prováveis efeitos concorrenciais do descumprimento da legislação tributária possam justificar, abstratamente, a medida prevista no art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Fosse assim, todo devedor do Fisco deveria ficar impedido de desempenhar atividade econômica, porque não arcou com um custo idêntico àquele que foi suportado pelo seu concorrente. (...) Enfim, o que se percebe é que falta outro fundamento para a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-lei 1.593/1977, que não o de garantir a eficácia da tributação incidente sobre a atividade econômica em questão e, por conseguinte, a arrecadação tributária que dela decorre. Nada há que justifique, diante da ordem constitucional vigente, a restrição imposta pelo art. 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977. Trata-se de medida desproporcional e em frontal descompasso com os princípios constitucionais da livre iniciativa e do devido processo legal (RE 550769, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014).

Portanto, em que pese a relativização da imposição de restrições a direitos do contribuinte por dívidas fiscais (RE 550.769/RJ), o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao tema, de uma maneira geral, sinaliza a inadmissibilidade de quaisquer medidas coercitivas desproporcionais de exigência do tributo.

Ou seja, todas estas três súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a jurisprudência desta Corte, demonstram que ao condicionar determinado ato ao pagamento prévio de tributos, a

Administração Pública está praticando uma forma coercitiva e indireta de cobrança de tributos.

Neste diapasão, o crédito tributário, quando não pago de forma espontânea pelo contribuinte, deve ser cobrado pelo Fisco na forma prevista na Lei n. 6.830/80, por intermédio de Ação de Execução Fiscal, e não por meios abusivos de cobrança de tributos, tendo em vista que Ação de Execução Fiscal é a via processual adequada para o sujeito ativo da relação tributária (Fisco), munido da CDA como título executivo extrajudicial, obter do sujeito passivo (contribuinte, substituto ou responsável tributário), a satisfação compulsória do seu crédito (PAUSEN, 2017, p. 465).

5. Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, tendo como base uma análise das sanções políticas durante os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988. Como foi dito, para a Administração Pública exigir o pagamento do tributo por parte do contribuinte, é preciso constituir o crédito tributário, inscrevendo-o em dívida ativa, gerando uma Certidão de Dívida Ativa. Assim, com a CDA, a Fazenda Pública poderá ajuizar Ação de Execução Fiscal, na forma prevista na Lei 6.830/80, no intuito de ter adimplido o crédito tributário.

Ocorre, que nem sempre o Estado segue este procedimento para cobrar o crédito tributário do contribuinte, tendo em vista que a Administração Pública utiliza as sanções políticas para forçar o contribuinte a adimplir o crédito tributário. Neste diapasão, as sanções políticas se caracterizam por serem formas coercitivas e indiretas do Estado compelir o contribuinte a pagar o tributo, isto é, o Estado impõe

restrições ou proibições ao sujeito passivo da obrigação tributária, como forma oblíqua de obrigá-lo ao pagamento do crédito tributário.

Entretanto, as sanções políticas violam princípios e direitos constitucionais, previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, ao passo que violam o direito à livre iniciativa e o direito ao livre exercício da atividade econômica (artigos 5º, XIII e 170, parágrafo único, da CR/88), devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR/88), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CR/88), legalidade (art. 5º, II e art. 37, da CR/88), proporcionalidade e razoabilidade.

Neste sentido, é o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal, que, inclusive, sumulou o seu entendimento, conforme os verbetes das súmulas 70, 323 e 547. Além disso, conforme foi possível perceber ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a publicação das súmulas 70, 323 e 547, o Estado continua utilizando sanções políticas para compelir o contribuinte a adimplir o crédito tributário.

Ao que parece, o Fisco não está preocupado em respeitar os direitos fundamentais do contribuinte, já que o seu objetivo é única e exclusivamente, arrecadar dinheiro aos cofres públicos. Ora, tal prática não está de acordo com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o Estado, valendo-se da sua soberania, oprime o contribuinte, forçando-o a pagar o tributo, violando seus direitos fundamentais.

Noutro norte, não se está defendendo a impunidade do contribuinte em débito com suas obrigações tributárias, mas sim a forma adequada do Fisco cobrar o crédito tributário, que é através de Execução Fiscal. Além disso, de fato, existem sanções aplicadas pelo Fisco ao contribuinte que são constitucionais, ou seja, estão em consonância com o ordenamento jurídico. Para que o ato administrativo praticado pelo Estado se caracterize uma sanção política, é necessário que a restrição ao livre exercício da

atividade econômica seja não razoável e desproporcional, violando o devido processo legal e o direito ao contraditório e ampla defesa do contribuinte, de modo que este seja coagido a pagar o crédito tributário. Assim, a sanção imposta será um ato administrativo inconstitucional.

Portanto, durante os trinta anos de vigência da Constituição Federal de 1988, a Administração Tributária vem praticando sanções políticas e, conseqüentemente, violando direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, quais sejam, direito ao livre exercício da atividade econômica, direito à livre iniciativa, direito ao contraditório e ampla defesa, direito ao devido processo legal, bem como aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, motivo pelo qual, pode-se afirmar que as sanções políticas são inconstitucionais.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Aualização Misabel Abreu Machado Derzi. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **O poder de polícia fiscal**. Belo Horizonte. Ed. Melhoramentos, 2001.
- BOULOS, Christianne. **Decisão do STF: Sanções Políticas em Matéria Tributária**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/colunas/63297/decisao+do+stf+sancoes+politicas+em+materia+tributaria.shtml>>. Acesso em: 08/02/2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 02/06/2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 10/11/2017.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 09/11/2017.

BRASIL. Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 02/06/2017.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Lei de Execução Fiscal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em 02/06/2017.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Processo Administrativo Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em 06/11/2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Carga Tributária no Brasil - 2014**: Análise por Tributos e Bases de Incidência. Disponível em: <<https://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/29-10-2015-carga-tributaria-2014>>. Acesso em 09/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo em Recurso Extraordinário n. 914045/MG**. Relator: Min. Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 18/11/2015. Publicado em 19/11/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SANCAO+POLITICA+ATIVIDADE+ECONOMICA%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ybcupwl>>. Acesso em 20/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 9698.**

Relator: Min. Henrique D'Ávila. Julgamento em 11 de julho de 1962. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%289698%2ENUME%2E+OU+9698%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ztlafka>>. Acesso em: 13/02/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 241340/PE.** Relator: Min.

Joaquim Barbosa. Julgamento em 14 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+241340%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/m9p6sms>>. Acesso em: 13/02/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 39.933/AL.** Relator: Min.

Ary Franco. Tribunal Pleno, julgado em 09/01/1961. Publicado em 13/04/1961.). Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=262598>>. Acesso em 06/11/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 550.769/RJ.** Relator:

Min. Joaquim Barbosa. Tribunal Pleno. Julgado em 22/05/2013, publicado em 03/04/2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28550769%2ENUME%2E+OU+550769%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc2vnewh>> . Acesso em 20/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 64.054/SP.** Relator: Min.

Aliomar Baleeiro. Segunda Turma. Julgado em 05/03/1968. Publicado em 26/04/1968. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2864054%2ENUME%2E+OU+64054%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zc3egy2>>. Acesso em 06/11/2017.

BRUM, Gabriele Sant'Anna Oliveira. **Sanções políticas em matéria tributária.** Revista de

Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.62, out. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao062/Gabriele_Brum.html> . Acesso em: 20 fev. 2017.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e do STJ**: Anotadas e Organizadas por Assunto. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Sanções Tributárias**, in Revista da Faculdade de Direito da UFMG, ano XXV, N° 22, 1979, p. 331 a 384.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Teoria das Sanções Tributárias**. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). Sanções administrativas tributárias. São Paulo: Dialética, 2004. p. 420-444.

DUTRA, Adriano Antônio Gomes. **A legitimidade das sanções políticas na perspectiva do dever fundamental de pagar tributos**. Direito público: Revista jurídica da Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, AGE: Imprensa Oficial, v.7, n.1/2, p. 9-26, jan./dez., 2010.

FILHO, Carlos Victor Muzzi. **Sanções políticas na jurisprudência do STF e o protesto da CDA: idas, vindas e alguns contrapontos**. In: Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia Geral do Estado, v.12, n.1/2, p.45-67, jan/dez, 2015.

FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e direitos fundamentais**. Ed. Juruá. Curitiba, 2006.

FONTES, Juliana Frederico. **Curso de Direito Tributário**. Belo Horizonte: Rede Preparatória, 2013.

GODOI, Marciano Seabra de. **Crítica à jurisprudência atual do STF em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2011.

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

HARADA, Kiyoshi. **Sanções Políticas Como Meio Coercitivo Indireto De Cobrança Do Crédito Tributário**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 64, maio 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6236>. Acesso em 08/02/2017.

HARET, Florence. **Desvendando as sanções políticas em direito tributário**: Critérios Objetivos de Delimitação das Sanções Políticas sob a Ótica da Jurisprudência do Supremo Mais Recente. In: Carvalho, Cristiano (Coord.). *Direito Tributário Atual*. São Paulo: Campus Elsevier. 2015, p 334-346.

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário**. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2005.

LOPES, Bráulio Lisboa. **Aspectos Tributários da Falência e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LOPES, Bráulio Lisboa; MAGALHÃES, Thainá Fonseca. **Sanções Políticas No Direito Tributário**: Violação Às Garantias Constitucionais Do Contribuinte. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2016/09/LJ-0541.pdf>>. Acesso em: 04/02/2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Código Tributário Nacional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo Tributário**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**: Artigos 96 a 138. Vol. II. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Comentários ao Código Tributário Nacional**: Artigos 1 a 95. Vol. I. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções Políticas no Direito Tributário**. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br/>>. Acesso em: 05/02/2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Sanções Políticas no Direito Tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário. Rio de Janeiro, n. 30, p. 46-49, mar. 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NUNES, Cleucio Santos. **Curso de Direito Processual Tributário**. São Paulo: Dialética, 2010.

PAUSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: Completo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REBS, Pedro. **Autoincriminação e obrigação tributária** – aplicações no direito tributário do direito a não se auto incriminar. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2010.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA, Maria Luiza Jansen Sá Freire de. **Sanções Políticas no Direito Tributário: Precedentes e Atualidades**. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/75068/sancoes_politicas_direito_souza.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

Capítulo 13

A Lei Complementar nº 167/2019 e sua relevância para os *fintechs*

Henrique Avelino Lana
Lucas Vinícios Cruz

1 Introdução

Como se nota, o mundo digital está em constante evolução. Cada vez mais, nos deparamos com novas invenções tecnológicas que, até então, muitos acreditavam ser impossível. *Smartphones* cada vez mais modernos e computadores que cabem na palma da mão. Dia após dia, o mercado digital inova e surpreende a todos.

Assim, ao nosso redor, tudo está em constante evolução. E, com o setor financeiro não poderia ser diferente. O setor financeiro possui uma leva de novos agentes que também evoluíram, iniciando uma era de tecnologia, inovação e potencial de crescimento. Nesse sentido, dentre os novos agentes, estão as chamadas *fintechs* que, em apertada síntese, são sociedades empresárias, geralmente *startups*, que utilizam tecnologia para inovar e aprimorar o setor financeiro.

Após, levantamento feito em 2018 pela *Finnovation*, em conjunto com o *Finnovista* e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), apurou-se a existência de 377 *fintechs* no Brasil, um crescimento de 40% em relação ao ano de 2017¹. Deste modo, o presente artigo tem como objetivo, realizar uma análise econômica e jurídica da *fintech*, para demonstrar que a sua utilização pode facilitar as transações, reduzir os

¹ FINNOVATION. Mapa de *Fintechs* – Brasil (maio de 2018). Disponível em: <http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-maio-de-2018/>. Acesso em 08 jun. 2019.

custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados, de acordo com a Análise Econômica do Direito.

Será realizada uma breve introdução ao estudo da Análise Econômica do Direito, passando-se para um panorama geral das *startups* e, então, ser feita uma análise da *fintech*, almejando-se, de forma construtiva e acadêmica, refletir se a sua utilização pode, ou não, reduzir os custos de transação.

2 Economic analysis of law: notas importantes

Tal como acima salientado, o principal objetivo deste artigo é demonstrar se a utilização das *fintechs* pode facilitar as transações, reduzir os custos de transação, maximizar os resultados e induzir comportamentos, aumentando-se a eficiência nos negócios jurídicos celebrados.

Mas, para se chegar à melhor conclusão, faz-se necessário realizar uma breve explicação acerca da Análise Econômica do Direito, bem como a forma que esta se aplica ao Direito Empresarial². Também conhecida como *Law and Economics*, se trata de um método de estudo jurídico-econômico no que diz respeito à estruturação, formação, impacto e consequências da aplicação dos princípios da Ciência Econômica ao Direito. Pode ser definida como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 53). Invoca-se a metodologia da ciência econômica junto à realidade fática do mundo jurídico.

² A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 utiliza a expressão Direito Comercial (art. 22, I). Porém, o Código Civil de 2002 trouxe a chamada Teoria da Empresa, motivo pelo qual a expressão Direito Empresarial, ou Direito de Empresa, passou a ser adotada.

É certo que apesar de já ter sido mencionada e estudada por outros estudiosos das Ciências Econômicas, como *Adam Smith*, ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, e Jeremy Bentham, ao associar legislação e utilitarismo, ambos no século XVIII (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 74), foi apenas a partir da década de 1960, que a AED ganhou forças para que Direito e Economia se unificassem (PIMENTA; LANA, 2010, p. 92). Isto, pois, em 1960, Ronald Coase publicou a obra *The Problem of Social Cost*, iniciando a chamada Teoria dos Custos de Transação, obra que, em 1991, levou o autor a ser agraciado com o Prêmio Nobel de Economia. Quanto ao assunto, Pimenta e Boglione dissertam:

O ganhador do Nobel explicou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social. A inserção de custos de Transação na economia evidenciaria a importância do Direito na determinação de resultados econômicos (PIMENTA; BOGLIONE, 2013, p. 268).

Ademais, além da obra de Ronald Coase, acima mencionada, há de se destacar também que Guido Calabresi, professor da Universidade de Yale, ao desenvolver sua obra *Some Thoughts on Risk Distribution And Law of Torts*, contribuiu fortemente para o avanço da AED. Isto, pois, Calabresi demonstrou a importância da análise de impactos econômicos da alocação de recursos para a regulação da responsabilidade civil, seja no âmbito legislativo ou judicial. Com isso, sua obra inseriu a análise econômica em questões jurídicas, apontando que uma análise jurídica adequada não prescinde do tratamento econômico das questões (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 1-2).

A Economia pode ser aproveitada para prever as conseqüências das diversas regras jurídicas. Trata-se de tentar identificar os prováveis efeitos

das regras jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso (COOTER, 1982, p. 1260). Permite-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como conseqüências das diferentes posturas legais (SALAMA, 2008).

De fato, os estudiosos da Análise Econômica do Direito se reúnem em uma mesma classificação, que pertence à mesma denominação, pois detém consenso em relação aos conceitos e institutos que lhes são essenciais, o que não impede que sejam, não raras às vezes, vistos construtivos e pertinentes debates, específicos, doutrinários sobre sua eventual aplicabilidade. Nesta senda, busca-se com o estudo da AED, elaborar, interpretar e aplicar a metodologia da ciência econômica às relações jurídicas, de modo a reduzir os custos de transação e alcançar a eficiência econômica. Logo, pode-se dizer que a AED tem como finalidade, a busca pela eficiência econômica.

Neste diapasão, eficiência, nas palavras de Bruno Salama, “diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos” (SALAMA, 2008, p. 55). No Direito Empresarial, o custo de transação possui suma importância, pois é fundamental para o sucesso do empresário, já que é representado pelo valor monetário e pelo tempo despendido para celebrar as transações jurídicas, seja para planejá-las, seja para efetivá-las em seus efeitos. Pode-se dizer, assim, que o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2017, p. 75). De acordo com Eduardo Goulart Pimenta (2010, p. 22-23), “custos de transação consistem naquilo que se precisa

pagar ou de que se deve abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual”.

Portanto, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais, sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas, que são representadas pelo lucro. A eficiência do Direito está em minimizar (ou hipoteticamente, acabar) com os custos de transação - mediante redução ou eliminação das dificuldades e gastos para contratação - de forma que, no exercício da empresa, haja uma maior quantidade e qualidade de trocas e relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção. Sob um enfoque econômico a disciplina jurídica da empresa deve se preocupar em procurar reduzir ao máximo os custos que os empresários enfrentam para concretizar as relações jurídicas destinadas à organização dos fatores de produção (PIMENTA, 2010, p. 33).

Irineu Galeski Junior e Márcia Carla Pereira Ribeiro salientam que o indivíduo deve aplicar a decisão que causar o maior bem-estar, tendo em vista que a AED tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89). No mesmo sentido:

Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de Law & Economics, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais (RIBEIRO; GALESKI JÚNIOR, 2009, p. 89).

Inclusive, Bruno Salama (2008, p. 54-55) bem sintetiza as ferramentas metodológicas que podem ser usufruídas no estudo do Direito

e Economia, quais sejam, escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência. No tocante à escassez, o autor entende que, se os recursos fossem infinitos, não seria necessário equacionar a sua alocação. Logo, todos poderiam ter tudo o que quisessem, na quantidade que quisessem. Já em relação à maximização racional, o autor defende que esta se refere à opção por escolhas que atendam aos interesses pessoais dos indivíduos.

Assim, os indivíduos calculam para alcançar os maiores benefícios com os menores custos, levando ao processo de decisão marginalista, que quer dizer que, nos processos de tomada de decisão e realização de escolhas, os indivíduos só realizarão o próximo passo de uma atividade se os benefícios desta excederem os seus custos. Já no que tange ao equilíbrio, prossegue ao dizer que este é o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. E quanto aos incentivos, são preços implícitos, tendo em vista que os indivíduos procuram realizar escolhas que maximizem seus benefícios com a consequente redução dos custos. Em relação à eficiência que, como já foi dito, refere-se à maximização de ganhos e minimização de custos. Assim, o autor conclui dizendo que um processo será eficiente se for possível aumentar os benefícios sem aumentar os custos.

Como se nota, considerando-se o aspecto dinâmico da empresa, esta é um feixe coordenado de relações jurídicas estabelecidas por contratos e, diante disso, por uma abordagem econômica, a eficiência consiste em diminuir ao máximo os custos de transação, para que, cada vez mais sejam celebrados contratos e cada vez mais haja organização, acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas representadas pelo lucro (LANA, 2017, p. 78).

Especialmente em relação aos contratos celebrados pelo empresário ou sociedade empresária, a AED deve ser sempre utilizada, buscando-se reduzir a escassez dos recursos, optando a sociedade empresária por escolhas que atendam aos seus interesses, no intuito de alcançar maior benefício com o menor custo, bem como a eficiência no que contratar, com quem contratar, quando contratar e como contratar, ou seja, estes atos devem ser praticados de forma a buscar a eficiência.

3 A Lei Complementar nº 167/2019: as *startups*

Sabe-se que o termo *startup* é cada vez mais usado e está em destaque no mundo tecnológico e empreendedor, tendo ganhado maior notoriedade no final da década de 1990, com as chamadas empresas ‘.com’ (OIOLI, 2019, p. 11). Mas, afinal, o que seria uma *startup*? Quais são as suas características?

Eric Ries (2012, p.26) define a *startup* como “uma instituição humana projetada para criar novos produtos e serviços sob condições de extrema incerteza”. O Autor destrincha este conceito, ao argumento de que a parte mais importante nesta definição é o que ela omite, tendo em vista que o conceito de *startup* não diz respeito ao tamanho da empresa, a sua atividade ou o seu setor da economia.

Passei a perceber que a parte mais importante dessa definição é o que ela omite. Não diz nada a respeito do tamanho da empresa, da atividade ou do setor da economia. Qualquer pessoa que está criando um novo produto ou negócio sob condições de extrema incerteza é um empreendedor, quer saiba ou não, e quer trabalhe numa entidade governamental, uma empresa apoiada por capital de risco, uma organização sem fins lucrativos ou uma empresa com investidores financeiros decididamente voltada para o lucro (RIES, 2012, p. 26).

O mesmo Autor destaca os termos instituição, produto, inovação e extrema incerteza como caracterizadores de uma *startup*, conforme abaixo:

Consideremos cada uma das partes. A palavra instituição conota burocracia, processo, até letargia. Como isso pode ser parte de uma startup? No entanto, as startups bem-sucedidas estão repletas de atividades associadas ao desenvolvimento de instituições: contratação de funcionários criativos, coordenação das atividades deles, e criação de uma cultura empresarial que gera resultados.

Frequentemente, perdemos de vista o fato de que uma startup não consiste num produto, numa inovação tecnológica ou até mesmo numa ideia brilhante. Uma startup é maior do que a soma de suas partes; é uma iniciativa intensamente humana.

O fato de que o produto ou serviço da startup é uma nova inovação também é parte essencial da definição, e também uma parte delicada. Prefiro empregar a definição mais ampla de produto, aquela que abrange qualquer fonte de valor para as pessoas que se tornam clientes.

Qualquer coisa que os clientes vivenciam da interação com uma empresa deve ser considerada parte do produto daquela empresa. Isso é verdade em relação a uma quitanda, um site de comércio eletrônico, um serviço de consultoria e uma entidade de serviço social sem fins lucrativos. Em todos os casos, a organização se dedica a revelar uma nova fonte de valor para os clientes e se preocupa com o impacto do seu produto sobre esses clientes.

Também é importante que a palavra inovação seja compreendida amplamente. As startups utilizam muitos tipos de inovação: descobertas científicas originais, um novo uso para uma tecnologia existente, criação de um novo modelo de negócios que libera um valor que estava oculto, ou a simples disponibilização do produto ou serviço num novo local ou para um conjunto de clientes anteriormente mal atendidos. Em todos esses casos, a inovação é o cerne do sucesso da empresa.

Há mais uma parte importante dessa definição: o contexto no qual a inovação acontece. A maiorias das empresas – grandes e pequenas – estão excluídas desses contextos. As startups são projetadas para enfrentar situações de

extrema incerteza. Abrir uma nova empresa, que seja um clone exato de um negócio existente, copiando modelo de negócios, precificação, cliente-alvo e produto, pode até ser um investimento econômico atraente, mas não é uma startup, pois seu sucesso depende somente da execução – tanto que esse sucesso pode ser modelado com grande exatidão. (Eis por que tantas pequenas empresas podem ser financiadas com simples empréstimos bancários; o nível de risco e incerteza são tão bem entendidos que um analista de crédito pode avaliar suas perspectivas futuras.)

A maioria das ferramentas da administração geral não são projetadas para florescer no solo adverso da extrema incerteza, no qual as startups vicejam. O futuro é imprevisível, os clientes testemunham um conjunto crescente de alternativas, e o ritmo da mudança está sempre aumentando. No entanto, a maioria das startups – tanto em garagens quanto em empresas – ainda é administrada por meio de prognósticos padrão, marcos de produtos e planos de negócios detalhados (RIES, 2012, p. 26-27).

Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca dão um conceito mais amplo sobre o que é uma *startup*. Para os autores, uma *startup* é “um grupo de pessoas à procura de um modelo de negócios, baseado em tecnologia, repetível e escalável, trabalhando em condições de extrema incerteza” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 31).

Uma grande vantagem do modelo de negócio adotado pelas *startups* é a efetiva capacidade de o produto ser replicável e escalável em virtude do uso da tecnologia, em que ser replicável significa que “é possível entregar o produto ou o serviço em escala de maneira potencialmente ilimitada, sem a necessidade de adaptação ou customização para cliente”, enquanto ser escalável significa que a *startup* “tem capacidade para crescer cada vez mais por meio da venda de um produto ou serviço que pode ser produzido ou distribuído em grandes quantidades, resultando em uma economia de escala, sem a necessária alteração do modelo de negócios ou ampliação significativa de seus custos” (FEIGELSON; NYBØ; FONSECA, 2018, p. 34-

35). Além das características acima, Bruno Feigelson, Erik Fontenele Nybø e Victor Cabral Fonseca (2018, p. 24-26) também trazem as seguintes características de uma *startup*:

- Possui significativo controle de gastos e custos, de modo a focar os investimentos no desenvolvimento de seu produto ou serviço principal;
- Seu produto ou serviço é operacionalizado por meio de um produto mínimo viável (MVP), que é o desenvolvimento do produto ou serviço de uma forma simples, apenas para que seja possível verificar se realmente existe demanda e para manter os custos iniciais baixos;
- O produto ou ideia explorado é escalável, isto é, ser facilmente expandido para outros mercados e em diferentes níveis de capilaridade e distribuição, de modo a alcançar uma economia de escala por meio de replicação de um mesmo produto para inúmeros clientes;
- Apresenta necessidade de capital de terceiros para operação inicial, razão pela qual é comum a busca por investidores externos para financiamento das operações;
- Utiliza tecnologia a favor do seu modelo de negócio, para desenvolver negócios escaláveis e inovadores;
- Atuam em um mercado de extrema incerteza, em razão do alto risco.
- Encontra-se em estágio inicial, sendo notadamente carente de processos internos e organização, muitas vezes sem um modelo de negócio claro;
- Possui perfil inovador, sendo esta uma das características mais importantes;

Apesar do forte laço com a tecnologia, uma *startup* não precisa, imprescindivelmente, trabalhar com produtos ou serviços digitais. As *startups* são a grande aposta do mercado e formam verdadeiros ecossistemas no mundo todo. São de baixo capital inicial e rápido crescimento, com DNA jovem e um modelo de negócio promissor. Para ingressar no universo das *startups*, não basta ter uma grande ideia. É preciso trabalhar duro, conhecer o cliente a fundo e ter coragem para correr riscos em busca de sonhos ambiciosos.

Vê-se que as *startups* se mostram atividades iniciantes, detentoras de abordagem jovem e adaptadas ao modelo digital, tão importante nos dias atuais. Muito embora sejam, em regra, pequenas, proporcionam propostas inovadoras de serviços a serem prestados ou produtos a serem produzidos e fabricados. Busca-se gerar impacto por meio de algo que se revele novo e possua enormes possibilidades de desenvolvimento.

Surgem de ideias com boas chances de êxito de serem líderes e grandes players dos seus mercados. A *startup* está em fase embrionária e busca um modelo de negócio repetível, escalável e altamente lucrativo, priorizando a inovação em um ambiente de alto risco. O potencial de atingir grandes mercados com uma estrutura enxuta é um dos principais traços das *startups*. Com um capital inicial muito baixo, a empresa pode chegar a alcançar milhões de consumidores.

Elas, as *startups*, estão fortemente relacionadas à tecnologia. Mesmo que o foco não seja uma solução voltada especificamente para a área, dificilmente algo terá resultado positivo se seus idealizadores não usarem essa ferramenta a favor. Se considerarmos ainda que uma *startup* é uma empresa que explora atividades inovadoras, esse conceito de aplicação de novas tecnologias fica ainda mais evidente e justificável.

As principais características de uma *startup* são a inovação, a escalabilidade, a repetibilidade, a flexibilidade e a rapidez. Ou seja, conceitos muito semelhantes e próximos às novidades tecnológicas. Atualmente, raramente algo é feito sem que haja influência da tecnologia, sobretudo quando estamos falando de inovações. Aliás, o próprio conceito do “novo” traz uma ideia futurista, como sendo uma forma de executar tarefas ou resolver questões que ainda não foram criadas. Saliente-se que a inovação é a principal característica das *startups*. Inovar é o primeiro passo de uma empresa que deseja se lançar como *startup*.

O principal alicerce de uma *startup* é apresentar e desenvolver solução para problemas de uma maneira inovadora e nunca antes testada, mas que tem grandes chances de dar certo e se tornar um excelente negócio.

Assim, trazem serviços que sempre foram necessários, mas que nunca foram pensados antes. Igualmente, acontece com os produtos, pois servem como soluções certas referentes as inúmeras e diferentes demandas da sociedade.

São disruptivas. Isso pois as *startups* rompem e quebram padrões em relação a outras empresas do mesmo segmento, geralmente já consolidadas. Esta característica se denota por meio de formas de atendimento, isenção ou redução de taxas e até mesmo no modo como os serviços são prestados ou disponibilizados.

Ou seja, o propósito é fugir do que o mercado oferece, destacando-se e auferindo a competitividade necessária. Ademais, são escaláveis, ou seja, detêm muita possibilidade de crescimento, vertiginoso, fazendo isso sem consequências ou limites nas suas operações. Tal escalabilidade ocorre sobretudo por serem geralmente atreladas ao meio digital.

Consequentemente, seus produtos e serviços podem ser entregues a um número cada vez maior de clientes, sem que enseje mais esforços, investimentos, gastos ou despesas. Um negócio escalável é aquele que pode crescer em um ritmo muito acelerado sem alterar o modelo proposto. Ou seja, a receita da empresa aumenta exponencialmente, mas os custos continuam praticamente os mesmos.

Uma *startup* é repetível, pois o mesmo produto ou serviço pode ser ofertado em larga escala, não possuindo nenhum tipo de limitação. Para tanto, deve ser pouco flexível ou customizável. Ser repetível é entregar os mesmos produtos e serviços de modo reprodutivo, sem a necessidade de

customizar em excesso. A proposta é multiplicar e alcançar mais clientes e adaptações atrapalhariam essas metas.

Lembre-se que outra característica é inerente: a incerteza. Isso pois uma *startup* não tem um direcionamento bem definido no que diz respeito ao sucesso e há alto risco de insucesso. Portanto, apesar de serem propostas sólidas e com grande chance de terem bons resultados, não possuem precedentes que a autorizem e ajudem a deter perspectivas claras e absolutas ao longo do tempo futuro.

Insta mencionar que, como regra, atividades inserta no contexto do empreendedorismo digital possuem sua atuação pela rede mundial de computadores, dispensando-se locais físicos e também a necessidade de deslocamento para realizar atendimentos, consultas, reuniões, etc. Geralmente, são negócios praticamente 100% digitais.

As *startups* pairam em torno de produtos e serviços realmente inovadores. Logo, ao se ter boas reflexões e ser atento a serviços que podem ter êxito e sucesso, mais cedo ou mais tarde, ideias totalmente incríveis tendem a surgir. No mesmo sentido, qualquer *startup* decorre a partir de uma fase de protótipo, pela qual o modelo de negócio será testado perante o seu público-alvo, em uma amostragem reduzida e pequena (MVP).

É importante começar por uma versão básica, compreender e observar os resultados que ela obtém, avaliando-se a reação do público. Depois dos testes, também será possível e relevante focar nas adaptações para se chegar ao modelo final. Para criar uma, deve-se ter bons parceiros, pois começar sozinho é sempre muito difícil. Precisam de diferentes competências para serem exercidas por pessoas de confiança dentro do seu *networking*, que possuam habilidades complementares à sua.

Em que pese o crescimento exponencial das *startups* no ecossistema empreendedor, foi apenas no ano de 2019 que a legislação pátria

regulamentou, de forma expressa e inequívoca, as *startups*. Assim, foi publicada a Lei Complementar n. 167/2019, que alterou a Lei Complementar 123/2016 e trouxe o conceito de *startup*, bem como um regime tributário específico para o empreendedor que queira seguir este modelo de negócio.

De acordo com o artigo 13, da LC 167/19, foi incluído, na LC 123/16, o artigo 65-A, acompanhado de 13 parágrafos, que criou o Inova Simples, que consistente em um regime especial simplificado, que permite às iniciativas empresariais que se autodeclarem como *startups* ou empresas de inovação tratamento diferenciado.

Este regime diferenciado se trata de um rito sumário para abertura e fechamento de empresas sob o regime do Inova Simples, que se dará de forma simplificada e automática, de forma digital, através da Redesim – Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios (Art. 65-A, §3º, LC 123/16).

Ainda de acordo com o dispositivo, o objetivo do Inova Simples é estimular a criação, formalização, desenvolvimento e consolidação destas iniciativas empresariais como agentes indutores de avanços tecnológicos, bem como fomentar a geração de emprego e renda.

Neste diapasão, o artigo 65-A, §§1º e 2º, da LC 123/16, conceitua, de forma expressa, o que seria uma *startup*. De acordo com a referida Lei, considera-se *startup* a empresa de caráter inovador que visa a aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos, já existentes ou totalmente novos.

É importante pontuar que a atividade desenvolvida pela *startup* pode visar aperfeiçoar sistemas, métodos ou modelos de negócio, de produção, de serviços ou de produtos já existentes, ocasião em que se caracterizam *startups* de natureza incremental, ou, estar relacionada à criação de algo totalmente novo, caracterizando-se *startups* de natureza disruptiva.

Além disso, as *startups* também tem como característica o desenvolvimento das suas inovações em condições de incerteza, que requerem experimentos e validações constantes, inclusive mediante comercialização experimental provisória, antes de procederem à complementação plena e à obtenção de receita.

Destrinchando o conceito trazido pelos parágrafos 1º e 2º, do artigo 65-A, da LC 123/16, percebe-se que o legislador seguiu fielmente as características de *startups* usadas mundialmente, tendo em vista que, para ser considerado *startup*, é preciso, principalmente mas não apenas: **(i)** ter caráter inovador e **(ii)** desenvolvimento da atividade em condição de incerteza.

O artigo 65-A, §4º, da LC 123/16 traz as informações que devem ser prestadas, através de preenchimento de cadastro pelos empreendedores que adotarão o Inova Simples. Dentre estas informações, destaca-se o que consta no inciso II, que preleciona que a razão social da *startup* que adotar este regime especial simplificado deverá conter, obrigatoriamente, a expressão “Inova Simples (I.S.)”.

Ainda, os recursos capitalizados pela *startup* que adotar este regime, não constituirão renda e serão destinados, exclusivamente, para o custeio do desenvolvimento dos seus projetos. Além disso, a Lei faculta a comercialização experimental, pela *startup*, do serviço ou produto até o limite fixado para o microempreendedor individual.

A alteração trazida pela LC 167/19, 19 é fortemente voltada para a *startup* em seu estágio inicial. Todavia, ao caracterizar e conceituar uma *startup*, mostrou um grande avanço na legislação brasileira. Porém, percebe-se que referidas alterações carecem de maiores regulamentações e esclarecimentos, tendo em vista que ainda há lacunas a serem preenchidas.

Uma *startup* é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável. Agora, passa-se a aprofundar em um segmento específico de *startup*, quais sejam, *fintechs*.

4 Startups, custos de transação e eficiência das *fintechs*

De acordo com Rébecca Menat, diretora de comunicações do *The Assets* (2017, p. 10), *fintech* significa tecnologia financeira e “engloba uma nova onda de empresas mudando a maneira que as pessoas pagam, enviam dinheiro, emprestam e investem”. O termo *fintech* junta a atividade de finanças com tecnologia (em inglês, *financial technology*), e pode ser utilizado para se referir a empresas e negócios que apliquem tecnologia para prestar serviços financeiros ou serviços relacionados a serviços financeiros (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 187). O Banco Central define as *fintechs* da seguinte forma:

Fintechs são empresas que promovem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Internacionalmente, as *fintechs* são classificadas da seguinte forma: de pagamento, compensação e liquidação, depósito, empréstimo e levantamento de capital, financiamento, e gestão de investimentos. No Brasil, podemos identificar as seguintes categorias de *fintechs*: de pagamento, gestão financeira, empréstimo, investimento, financiamento, seguro, negociação de dívidas, criptoativos e Distributed Ledger Technologies (DLTs), câmbio, e multisserviços (BRASIL, 2018).

São exemplos de *fintechs*: *NuBank*, *Creditas*, *GuiaBolso*, *PayPal*, *Bidu*, *PicPay*, *Toro Investimentos*, *Neon*, *Méliuz*, dentre outras. Conforme Mariana Congo (2017), *fintech* é o termo usado para descrever empresas que prestam serviços de natureza financeira, tendo o uso da tecnologia

como seu diferencial, sendo que todos os seus clientes são atendidos apenas pelo computador ou *smartphone*.

Esta terminologia teve origem na cidade de *New York*, em um programa de aceleração de *startups* desenvolvido pela Accenture, em parceria com a Prefeitura de *New York*. Com o tempo, *fintech* passou a designar o seguimento de *startups* que inovam os serviços financeiros, baseando-se em tecnologia e, assim, criando novos modelos de negócio em áreas como conta corrente, cartão de crédito, empréstimos pessoais e corporativos, pagamentos, investimentos, seguros, entre outros (GANZER, et al., 2017)

Neste sentido, as *fintechs* utilizam a tecnologia para conseguirem inovar e aprimorar os serviços financeiros fornecidos pelos bancos, ou seja, “as empresas do ramo utilizam recursos tecnológicos amplamente disseminados para criar metodologias, processos e ferramentas que facilitam o acesso a serviços financeiros” (ALECRIM, 2018).

Neste diapasão, as *fintechs* oferecem os mais diversos serviços financeiros, tais como financiamentos, financiamentos alternativos, seguros, gestão patrimonial, gestão de finanças, pessoais, pagamentos, investimentos, gestão de finanças empresariais e bancos digitais, sendo que estes serviços são oferecidos por meio de celular ou *internet banking* sem que haja necessidade de deslocamento físico até a instituição (BIGNARDI; PIACENTE, 2018, p. 569).

De acordo com Kashyap e Weber (2017, p. 227), internet, mobilidade, redes sociais e a ascensão de *sites* de comparação de preços mudaram o jogo ao longo da última década e criaram uma nova geração de clientes que exigem simplicidade, velocidade e conveniência em suas interações com os prestadores de serviços financeiros. Assim, as *fintechs* colocam os seus clientes no centro do seu modelo de negócios.

Para Spiros Margaris (2017, p. 240), conselheiro da FinTech Forum e CEO do Margaris Advisory, *fintechs* são especializadas e focadas na adaptação aos sonhos e desejos dos clientes, “são, portanto, mais flexíveis e adaptáveis do que as grandes empresas financeiras. Além disso, sua razão de existir e futuro estão sempre intimamente ligados com a satisfação das necessidades e desejos dos clientes”.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* possuem menor custo operacional, motivo pelo qual os serviços oferecidos chegam ao consumidor com um preço mais baixo que os serviços ofertados por instituições financeiras tradicionais.

A título de ilustração, a *fintech* Creditas, que atua com empréstimos com garantia, faz empréstimos a uma taxa de 0,99% ao mês, conforme informado pelo seu *site*. Em contrapartida, de acordo com estatísticas apresentadas pelo Banco Central, os bancos tradicionais cobram taxa de juros mensais muito superior, como o Banco Santander, que impõe uma taxa mensal de 14,77, ou a Caixa Econômica Federal, com taxa mensal de 12%. Neste sentido, as *fintechs* aparecem como uma opção mais viável para o consumidor pessoa física e as sociedades empresárias, através de uma estrutura de custos significativamente mais baixa que os bancos tradicionais, tendo em vista o seu modelo de negócio mais enxuto, através da utilização da tecnologia. Com isso, pode-se oferecer soluções mais eficientes, com serviços financeiros personalizados de acordo com as necessidades do usuário, por exemplo, empréstimos, desconto de recebíveis, serviços de pagamento e recebimento, gestão de fluxo de caixa, remessas de pagamento *offshore* e *trade finance* eletrônico (FARIA, 2018, p. 53).

Um grande diferencial das *fintechs* em relação às instituições financeiras tradicionais é o uso da tecnologia, pois é possível que os clientes controlem os produtos através dos seus *smartphones* (NUBANK,

2019). Além dos baixos custos, outra vantagem é a desnecessidade de deslocamento até agências ou sede das *fintechs*, tendo em vista que tudo é contratado e solucionado através da internet. Em seu site, a Nubank cita como vantagens das *fintechs*:

No geral, as *fintechs* são conhecidas por oferecer soluções financeiras inéditas, menos burocráticas, mais intuitivas de serem usadas – afinal, elas normalmente estão disponíveis no smartphone do cliente – e com custos baixíssimos, às vezes inexistentes, para os usuários.

Um exemplo são os cartões de crédito sem anuidade ou as contas digitais gratuitas.

Tudo isso graças à tecnologia. Por já terem nascido no mundo digital e não contarem com grandes estruturas físicas, como as agências bancárias, seus custos são muito reduzidos. Por isso muitas oferecem produtos livres de taxas e conseguem escalar rapidamente.

Em resumo, as *fintechs* chegam no mercado trazendo produtos financeiros inovadores. Em muitos casos, eles foram desenhados para serem mais simples e vantajosos para os clientes (NUBANK, 2019).

Ou seja, as *fintechs* conseguem ofertar, de uma forma mais simplificada, cômoda, rápida, fácil e barata, os mesmos serviços e produtos que são fornecidos por agentes financeiros tradicionais. Em razão de todas estas vantagens, as *fintechs* conseguem inovar o sistema financeiro, tornando-o mais eficiente, tendo em vista que, com a sua utilização, é possível reduzir os custos de transação.

Isto, pois, como foi acima exposto, o custo de transação é aquilo de que se necessita abrir mão, pagar, ou gastar tempo e dinheiro, para efetivação, manutenção, precaução, alienação ou cessão dos efeitos jurídicos de uma relação contratual (LANA, 2014, p. 29).

Com as *fintechs*, o usuário economiza dinheiro, pois as transações são menos custosas e, muitas vezes, gratuitas, bem como as taxas de juros são

muito inferiores às cobradas pelas instituições financeiras tradicionais. Além disso, o usuário também consegue economizar tempo, já que, em regra, as *fintechs* operam exclusivamente pela internet, não sendo necessária a presença física do contratante, poupando-o de perder tempo com deslocamento. Diferente, por exemplo, das instituições financeiras tradicionais, que por força da Res. 3.954, do Conselho Monetário Nacional, deve atender a alguns requisitos mínimos para a prestação de serviços bancários.

Assim, caso seja necessária a realização de transferência de valores, por exemplo, as partes conseguem fazê-la de qualquer lugar através de um computador ou *smartphone*. Ainda, algum empresário ou sociedade empresária que necessite de capital de giro para manter as operações, consegue fazer um empréstimo de forma rápida, eficiente e segura, a juros mais baixos do que tradicionalmente se consegue.

Consequentemente, acarretará redução dos custos de transação. Com a redução dos custos de transação, haverá maior eficiência nos negócios jurídicos celebrados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos com novos agentes, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro. Conforme Oioli, Silva e Zilioti, as instituições financeiras tradicionais possuem normas que devem ser seguidas e não se aplicam às *fintechs*. De acordo com os autores:

Talvez a principal diferença entre as *fintechs* e as instituições financeiras tradicionais seja justamente a digitalização dos serviços oferecidos pelas *fintechs* e em grande parte, essa diferença decorre do fato de que as *fintechs* foram criadas sem a carga regulatória aplicável às instituições financeiras tradicionais. Importante ainda lembrar que a grande parte das normas aplicáveis hoje às instituições financeiras tradicionais foi editada em uma época em que os recursos tecnológicos atuais não estavam disponíveis, sendo

voltadas para entidades que atuavam exclusivamente por meio físico. Como consequência, as entidades reguladas passaram a adotar medidas físicas necessárias para obedecer tais normas, o que, em alguns casos, resultaram em um engessamento de processos internos e na burocratização de seus serviços (OIOLI; SILVA; ZILLOTI, 2019, p. 195).

No dia-a-dia, é inevitável a empresa ser exercida sem as inúmeras transações e/ou relações contratuais. Em regra, as relações que envolvem o sistema financeiro possuem grandes custos e taxas. Assim, para se alcançar a eficiência, deve-se buscar transações e relações contratuais com o menor custo possível. Afinal, quanto menor os custos de transação, maiores e mais eficientes serão as transações.

Portanto, pode-se afirmar que as *fintechs* tornam o serviço financeiro e as relações jurídicas mais eficientes, pois consegue reduzir os custos de transação, beneficiando os seus usuários. É importante ponderar que, atualmente, não há nenhuma lei federal que regule diretamente as *fintechs*. Porém, em 2018, o Conselho Monetário Nacional (CMN) editou a Resolução n. 4.656, de 26 de abril de 2018, que dispõe sobre a *fintech* exclusivamente de crédito. De acordo com o Banco Central, as *fintechs* de crédito são instituições financeiras que concedem e intermediam operações de crédito (BRASIL, 2018).

Neste diapasão, conforme o artigo 1º, da Resolução n. 4.656/18, esta criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

De acordo com esta Resolução, tanto a SCD, quanto a SEP são consideradas instituições financeiras, podendo operar exclusivamente por

meio de plataformas digitais, ou seja, pela internet ou aplicativos (OIOLI; SILVA; ZILIOTI, 2019, p. 190).

O artigo 3º desta Resolução dispõe que a SCD é instituição financeira que tem por objeto a realização de operações de empréstimo, de financiamento e de aquisição de direitos creditórios exclusivamente por meio de plataforma eletrônica, com utilização de recursos financeiros que tenham como única origem capital próprio. Já a SEP está prevista no artigo 7º, da Resolução 4.656/18, que preleciona que a SEP é uma instituição financeira, que tem por objeto a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas exclusivamente por meio de plataforma eletrônica.

Oioli, Silva e Zilioti (2019, p. 191), esclarecem que a principal diferença entre a SCD e a SEP é que a primeira só poderá atuar utilizando capital próprio, enquanto a segunda poderá captar recursos das partes envolvidas na operação, agindo como intermediário das instituições financeiras tradicionais, sem reter o risco de crédito. Ainda de acordo com os autores, esta Resolução também estabelece as diretrizes para a obtenção da autorização para que uma *fintech* funcione como SCD ou SEP, bem como os procedimentos a serem observados em suas operações. Em suas palavras:

No caso da SCD, o empréstimo ou financiamento deve ser realizado sempre por meio de plataforma eletrônica, com utilização exclusiva de recursos próprios. Já com relação à SEP o empréstimo ou financiamento se iniciará com a manifestação inequívoca de vontade das partes (potenciais credores e devedores). Em seguida, ocorrerá a disponibilização, pelos credores, dos recursos objeto da transação à SEP, que por sua vez celebrará instrumento representativo do crédito com os devedores e com os credores. Apenas após a conclusão desta etapa que a SEP poderá realizar a transferência dos recursos aos devedores, de modo a assegurar que entidade não retenha para si o risco

de crédito decorrente de eventual inadimplemento das partes envolvidas na transação (OIOLI; SILVA; ZILLOTI, 2019, p. 191).

Portanto, apenas as *fintechs* de crédito possuem regulamentação pela CMN, consistentes em Sociedade de Crédito Direto (SCD) e Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP).

5. Considerações finais

Este trabalho não pretende esgotar o tema. Tratam-se de reflexões construtivas, acadêmicas e não definitivas, mas que procuraram ser expostas de forma técnica, objetiva, completa e fundamentada. O problema a ser respondido neste artigo é se o uso de *fintechs* pode contribuir para reduzir os custos de transação, tornando as operações financeiras mais céleres e mais eficientes.

Como foi acima exposto, a Análise Econômica do Direito (AED), trata-se de um método de estudo jurídico-econômico, em que os princípios da Ciência Econômica são aplicados ao Direito, isto é, a aplicação da teoria econômica ao Direito. Assim, com o estudo da AED, busca-se, através dos métodos da Ciência Econômica, reduzir os custos de transação, que é tudo aquilo que se precisa pagar ou abrir mão para constituir, manter, proteger ou transferir os direitos e deveres decorrentes de uma relação contratual.

Com a redução dos custos de transação, será possível alcançar a eficiência e, assim, aumentar o lucro. Assim, quando da celebração dos negócios jurídicos, as partes devem sempre buscar a redução dos custos de transação e a maximização dos resultados, alcançando-se a tão almejada eficiência.

Neste diapasão, com as novas tecnologias, cresce, cada vez mais, o número de *startups*, que é uma mistura de inovação, tecnologia, incertezas e riscos, em que um grupo de pessoas trabalham juntos em prol do

desenvolvimento de um produto ou serviço, replicável e escalável. Inclusive, o conceito adotado pela LC 167/19, ao regulamentar as *startups*, preservou estas características.

Algumas *startups* atuam no setor financeiro. A estas, dá-se o nome de *fintech*, que é a *startup* que usa a tecnologia para aprimorar e inovar os serviços financeiros. As *fintechs* prestam serviços como empréstimos, financiamentos, pagamentos, gestão financeira, gestão patrimonial, dentre outros, todos utilizando a tecnologia.

Apenas as *fintechs* de crédito são regulamentadas no Brasil, através da Resolução n. 4.656/18, do Conselho Monetário Nacional, que criou a Sociedade de Crédito Direto (SCD) e a Sociedade de Empréstimo Entre Pessoas (SEP), disciplinou a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições.

Em razão do uso da tecnologia, as *fintechs* conseguem prestar serviços financeiros, a valores mais baixos do que usualmente cobrado por uma instituição financeira tradicional. Além disso, as *fintechs* dispensam o deslocamento para comparecimento em agências físicas, o que economiza o tempo do usuário.

As *fintechs* possuem inúmeras vantagens que trazem inovação ao sistema financeiro, acarretando redução dos custos de transação e maior eficiência nos serviços financeiros prestados, resultando na possibilidade de celebração de novos contratos, novas transações e cada vez mais haja organização e acúmulo dos fatores de produção, resultando em maximização de riquezas do lucro.

Portanto, como hipótese de resposta à pergunta problema que foi proposta neste artigo, constata-se que as *fintechs* podem sim contribuir para reduzir os custos de transação e aumentar a eficiência.

Referências

ALECRIM, Emerson. **O que é fintech?** Disponível em <<https://www.infowester.com/fintech.php>>. Acesso em 03 jun. 2019.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações.** Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2017.

BIGNARDI, Sílvia Dourado Casado; PIACENTE, Fabrício. **Fintech, a inovação no segmento bancário e o uso da tecnologia blockchain, uma análise bibliométrica do estado da literatura.** Disponível em <http://www.portal.cps.sp.gov.br/pos-graduacao/workshop-de-pos-graduacao-e-pesquisa/013-workshop-2018/artigos/SistemasProdutivos/Tecnologia_Informacao/Fintech_a_inovacao_no_segimento_bancario_e_o_uso_da_tecnologia_blockchain.pdf>. Acesso em 03 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. **FAQ-Fintechs.** Disponível em <https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/legado?url=https:%2F%2Fwww.bcb.gov.br%2Fpre%2Fbc_atende%2Fport%2Ffintechs.asp%3Fidpai%3DFAQCIDADA0>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL, Banco Central. **Pessoa física - cheque especial.** Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estatisticas/reporttxjuros/?path=conteudo%2Ftxcred%2FReports%2FTaxasCredito-Consolidadas-porTaxasAnuais.rdl&nome=Pessoa%20F%20C3%ADsica%20-%20Cheque%20especial¶metros=tipopessoa:1;modalidade:216;encargo:101&exibeparametros=false&exibe_paginacao=false>. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL, Banco Central. **Resolução nº 4.656, de 26 de abril de 2018.** Disponível em <<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquiv>>

o=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v1_O.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. **A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras**. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

COASE, Ronald H. **O Problema do Custo Social**. 1960. Disponível em: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/5371894291314711916.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

CONGO, Mariana. **O que é fintech e como ela revoluciona hoje o mercado financeiro?**. Disponível em <<https://blog.magnetis.com.br/o-que-e-fintech/>>. Acesso em: 03 jun. 2019.

COOTER, Robert; ULEN Thomas. **Direito & Economia**. 5^a ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman. 2010.

COURTNEY, Anthony MC. **Fintech: o que é e por que está em alta?**. Disponível em <<http://blog.eqseed.com/o-que-e-fintech/>>. Acesso em: 04 jun 2019.

CREDITAS. Disponível em <<https://www.creditas.com.br/>>. Acesso em 08 jun. 2019.

EQUIPE NUBANK. **O que é fintech e por que esse termo ficou tão popular?**. Disponível em <<https://blog.nubank.com.br/fintech-o-que-e/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

EU SOU EMPREENDEDOR. **O que é fintech, a revolução no mercado financeiro**. Disponível em <<https://eusouempreendedor.com/fintech-mercado-financeiro/>>. Acesso em 03 jun 2019.

FARIA, Emerson. **Fintechs de crédito e intermediários financeiros: uma análise comparativa de eficiência**. 2018. Dissertação (Mestrado em Empreendedorismo) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. doi:10.11606/D.12.2019.tde-07012019-112337. Acesso em: 2019-08-11.

FEIGELSON, Bruno; NYBØ, Erik Fontenele; FONSECA, Victor Cabral. **Direito das Startups**. São Paulo: Saraiva, 2018.

FINNOVATION. **O que é fintech**. Disponível em <<http://finnovation.com.br/o-que-e-fintech/>>. Acesso em 03 jun 2019.

FINNOVATION. **Mapa de Fintechs** – Brasil (maio de 2018). Disponível em: <http://finnovation.com.br/mapa-de-fintechs-brasil-maio-de-2018/>. Acesso em 08 jun. 2019

FINTECHLAB. **Missão Fintechlab**. Disponível em <http://fintechlab.com.br/wp-content/uploads/2017/02/Report_FintechLab_2017.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2019.

JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele. **Direito das Startups**. Juruá, 2016.

KASHYAP, Manoj K.; WEBER, Grégory. **Como tecnologias emergentes mudarão os serviços financeiros**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.

KESSLER, Luiz Felipe. **Conheça algumas das maiores fintechs brasileiras**. Disponível em <<https://seucreditodigital.com.br/maiores-fintechs-brasileiras/>>. Acesso em 08 jun. 2019.

LANA, Henrique Avelino. **Dissolução parcial nas sociedades limitadas: Análise econômica sobre a inclusão do aviamento na apuração de haveres**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012;

LANA, Henrique Avelino. **Falência e Recuperação de Empresas: Análise econômica do direito**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido. 2017;

LANA, Henrique Avelino. **Sociedades Limitadas: Uma Leitura Via Law And Economics**. In: SCIENTIA IURIS, Londrina, v. 18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/viewFile/15206/14724>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

- MANKIW, Gregory. **Princípios de Microeconomia**. Tradução: Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.
- MARGARIS, Spiros. **O supermercado de fintech - o banco está morto, vida longa ao banco!**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.
- MORETTI, Eduardo; OLIVEIRA, Leandro Antônio Godoy. **Startups: Aspectos jurídicos relevantes**. Lumen Juris, 2018.
- MENAT, Rébecca. **Por que estamos tão animados com FinTech**. In: CHISHTI, Susanne; BARBERIS, Janos. *A Revolução Fintech: O manual das startups financeiras*. Rio de Janeiro: Alta Books Editora, 2017.
- OIOLI, Erik Frederico; SILVA, Rafael Toni; ZILIOTI, Matheus. **Fintechs e a regulação do sistema financeiro nacional**. In: OIOLI, Erik Frederico (coord.). *Manual de Direito para Startups*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- GANZER, Paula Patrícia. et al. **Startups fintechs: uma análise a partir do radar da inovação**. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/323199144_startups_fintechs_uma_analise_a_partir_do_radar_da_inovacao>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. **Direito Societário**. Campus Jurídico. Rio de Janeiro: Campus Jurídico. 2010.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. **Princípios e Conceitos Fundamentais da Análise Econômica do Direito**. In: MARÇAL; Antônio Cota; PIMENTA; Eduardo Goulart; NUNES, Maria Emília Naves; MAGALHÃES, Rodrigo Almeida (Org.). *Os Princípios na Construção do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise Econômica do Direito e Sua Relação Com o Direito Civil Brasileiro**. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. n. 57. p. 85-138. Belo Horizonte: jul/dez. 2010.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto?** Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados.** São Paulo: Elsevier Campos. 2005.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos Empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier. 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O Que é “Direito e Economia”?**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SANTOS, Ricardo Paulo Henrique dos. **As Fintech na geração Millennials.** Disponível em <https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/23184/1/RicardoSantos_ISG.pdf>. Acesso em 03 jun. 2019.

SZTAJN, Raquel. **Law & Economics.** In: SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio (Org.). *Direito e Economia. Análise econômica do direito e das organizações.* Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

SZTAJN, Raquel; ZYLBERSZTAJN, Décio. **Direito e Economia: Análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Ed. Campus. 2005;

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques; BARROS, Leticia Lins de Souza. **Fintechs e bancos tradicionais: parceria ou competição?**. Disponível em <<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:XJzyxShgLN0j:https://www.facet.br/gc/artigos/completo.php%3Fartigo%3D129%26formato%3Dpdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 15 jul. 2019.

Capítulo 14

Eventuais consequências cíveis e criminais e a atividade de incorporação imobiliária

*Henrique Avelino Lana
Lucas Vinícios Cruz*

1 Introdução

Conforme pesquisa do mercado imobiliário realizada pelo Departamento de Economia e Estatística do Secovi-SP (Sindicato da Habitação), em abril de 2018, houve um crescimento de 48,7% na comercialização de unidades residenciais novas em relação a abril de 2017. Isso mostra que, cada vez mais, estão sendo comercializados novos imóveis residenciais.

Atualmente, a venda de apartamentos na planta, isto é, a venda de unidades autônomas de um prédio, antes mesmo da sua construção, se tornou prática comercial corriqueira no mercado imobiliário e de construção civil. Desta forma, o adquirente consegue comprar um apartamento por um preço inferior do que seria se o mesmo imóvel fosse vendido já construído e pronto para morar. Justamente por ter um preço inferior ao de um imóvel pronto, o adquirente se sente atraído ao anúncio, despertando a sua atenção.

Em contrapartida, a venda de um imóvel na planta também é benéfica para a construtora, tendo em vista que, antes de iniciar a construção, terá maior capital de giro para aplicar na obra, aumentando, assim, a presunção e expectativa de lucro. Porém, para a construção de um prédio, bem como a comercialização das unidades autônomas deste

prédio, é necessário o cumprimento de alguns requisitos previstos na Lei de Condomínios e Incorporações (Lei n. 4.591/64).

Dentre estes requisitos, está a necessidade de registro de incorporação junto ao Cartório de Registro de Imóveis, feito pelo incorporador, antes de o imóvel ser anunciado para venda. Além disso, caso o imóvel seja alienado, o incorporador possui obrigações contratuais com o adquirente, obrigações estas que estão previstas em lei e deverão ser cumpridas pelo incorporador.

Caso estes requisitos e obrigações não sejam atendidos e, ainda assim, o imóvel for ofertado e alienado, eventualmente, o adquirente pode sofrer danos, referente à venda deste imóvel. O problema a ser respondido neste artigo é: o incorporador e a imobiliária podem ser juridicamente responsabilizados em razão de danos causados aos adquirentes de unidades autônomas? Como hipótese de resposta, almeja-se demonstrar que, nos termos da lei e jurisprudência, há possibilidade de responsabilidade civil e, também, criminal, pelos danos ocasionados ao adquirente do imóvel, decorrentes da falta de registro de incorporação,

Assim, tem-se como objetivo, demonstrar se o incorporador e a imobiliária podem responder civilmente pelo anúncio e venda de um imóvel antes de ser registrada a incorporação imobiliária, bem como se há o dever de indenizar por eventuais danos sofridos pelo adquirente do imóvel. Será analisado também, se há relação de consumo entre o incorporador, a imobiliária que intermedia a venda do imóvel e o adquirente do imóvel.

Para atingir estes objetivos, será feita uma breve explanação acerca da responsabilidade civil, explicando, de forma objetiva, quais são os requisitos para se configurar a responsabilidade civil, com o consequente dever de indenizar. Além disso, será feito um breve estudo acerca da incorporação imobiliária e da sua importância para a venda de um imóvel

antes mesmo da sua construção. A metodologia a ser utilizada é a da finalidade de pesquisa aplicada, com objetivo exploratório, em abordagem quali-quantitativa, por método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial.

2 A responsabilidade civil em sua essência clássica

Toda ação possui uma reação. Esta é uma conhecida abreviação da Terceira Lei de Newton, teoria criada pelo ilustre físico inglês, Isaac Newton, para explicar que quando um corpo aplica uma força em outro corpo, este segundo corpo exerce a mesma força no primeiro.

No mundo jurídico, mais especificamente no âmbito das relações privadas, a Terceira Lei de Newton condiz com a responsabilidade civil, que pressupõe uma conduta danosa praticada por alguém (ação) que viola uma norma jurídica preexistente, seja legal ou contratual, gerando, assim, o dever de reparar (reação).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p.45) ensinam que a palavra “responsabilidade” se originou do latim *respondere*, que significa a obrigação que alguém tem de assumir com as consequências jurídicas da sua atividade, bem como do latim *spondeo*, que, no direito romano, era usado para se referir ao devedor nos contratos verbais.

De acordo com Flávio Tartuce (2012, p. 293), a responsabilidade civil nasce com o descumprimento obrigacional, seja pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato (responsabilidade contratual), seja por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida (responsabilidade extracontratual).

Neste diapasão, o art. 927 do Código Civil¹ dispõe que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a reparar o dano causado.

¹ Código Civil, art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Ato ilícito, para Flávio Tartuce (2012, p. 310) é “a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém”.

A definição legal de ato ilícito está presente no art. 186 do Código Civil², por meio do qual comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Além disso, conforme o art. 187³ do mesmo Código, também comete ato ilícito aquele titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Porém, apenas a prática de um ato ilícito não é suficiente para configurar a responsabilidade civil do agente que praticou a conduta e o consequente dever de indenizar a vítima lesada. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 53-54), pela inteligência dos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, existem quatro requisitos para configuração da responsabilidade civil:

- (i)** ação ou omissão que venha a causar dano a outrem;
- (ii)** culpa (negligência ou imprudência) ou dolo (ação ou omissão voluntária) do agente⁴;
- (iii)** relação de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Sem a relação de causalidade não há o dever de indenizar; e
- (iv)** dano, que pode ser material ou moral.

2 Código Civil, art. 186: Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

3 Código Civil, art. 187: Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes

4 Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012, p. 70-71), a culpa não é um elemento essencial da responsabilidade civil, mas sim um elemento accidental.

Portanto, para a configuração da responsabilidade civil e o consequente dever de reparação, mister a configuração dos quatro requisitos supra.

3 O incorporador e o registro da incorporação

Nas relações jurídicas celebradas entre as partes, cujo objetivo é a construção e venda de edificações e/ou das suas unidades autônomas ainda na planta, antes da construção e alienação da fração do imóvel, é necessário ser feito o registro de incorporação imobiliária junto ao cartório de registro de imóveis competente.

Neste diapasão, o art. 28, parágrafo único da Lei n. 4.591/64⁵, traz a definição de incorporação imobiliária, que se caracteriza por ser a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

A incorporação imobiliária é feita pelo incorporador que, de acordo com o art. 29 da Lei n. 4.591/64⁶, é a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que mesmo que não efetue a construção do prédio, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial, ou que aceite propostas para a efetivação destas transações, coordenando e levando a termo a

5 Lei n. 4.591/64, art. 28, parágrafo único. Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (VETADO).

6 Lei n. 4.591/64, art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

incorporação e se responsabilizando, conforme o caso, pela entrega das obras concluídas.

De uma forma resumida, o incorporador é a pessoa física ou jurídica que exerce, ainda que eventualmente, a atividade de construção de edifícios, visando auferir lucros sobre a venda das unidades autônomas deste edifício (HÜBERT, 2012, p. 119). Assim, de forma expressa, o art. 31, da Lei n. 4.591/64, indica quem poderá ser incorporador. São eles:

(i) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrada;

(ii) o construtor ou corretor de imóveis;

(iii) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

Neste diapasão, para resguardar o adquirente da unidade autônoma do edifício e demonstrar que o incorporador possui condições de iniciar e finalizar a obra, o art. 32 da Lei n. 4.591/64⁷ preleciona que o incorporador

⁷ Lei n. 4.591/64 – Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado; b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador; c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros; d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída; f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições; g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei; h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra; i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão; j) minuta da

somente poderá negociar as unidades autônomas do edifício após ter arquivado, no cartório de registro de imóveis competente, todos os documentos mencionados no rol do dispositivo.

Assim, uma vez apresentados todos estes documentos no Cartório de Registro de Imóveis competentes, será feita a análise pelo Oficial Cartorário, que arquivará os documentos em cartório, ocasião em que a incorporação imobiliária estará registrada (art. 32, §1º, da Lei n. 4.591/64).

Logo, é indispensável que toda a documentação do art. 32 da Lei n. 4.591/64 seja apresentada e, após a análise pelo Oficial, arquivada no Cartório de Registro de Imóveis antes do anúncio e venda da unidade autônoma do edifício para o comprador, tendo em vista que somente após o registro, o adquirente estará seguro sobre a legitimidade e possibilidade do incorporador dar sequência na construção do prédio.

Uma vez registrada a incorporação, o registro será válido por 180 (cento e oitenta) dias, conforme preleciona o art. 33, da Lei 4.591/64⁸, com a nova redação imposta pelo art. 12 da Lei n. 4.864/65⁹, que é o prazo que o incorporador tem para concretizar a incorporação, isto é, vender ou negociar as unidades autônomas. Mas, decorrido o prazo de 180 dias, caso a incorporação ainda não esteja concretizada, o incorporador só poderá negociar as unidades autônomas depois de atualizar a documentação a que se refere o artigo 32 da Lei 4.591/64 (HÜBERT, 2012, p. 137).

futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações; l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39; m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31; n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34); o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos. p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.

8 Lei n. 4.591/64, art. 33. O registro da incorporação será válido pelo prazo de 120 dias, findo o qual, se ela ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar unidades depois de atualizar a documentação a que se refere o artigo anterior, revalidando o registro por igual prazo.

9 Lei n. 4.864/65, art. 12. Fica elevado para 180 (cento e oitenta) dias o prazo de validade de registro da incorporação a que se refere o art. 33 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

Importante salientar que para a concretização da incorporação, o art. 34, da Lei n. 4.591/64¹⁰ permite ao incorporador fixar um prazo de carência. Durante este prazo, o incorporador poderá desistir do empreendimento, desde que fixe o prazo de carência através de declaração expressa registrada no Cartório de Registro de Imóveis onde foi feito o registro da incorporação competente, e que a desistência seja comunicada, por escrito, ao mesmo Cartório e aos adquirentes das unidades autônomas, sob pena de o incorporador responder por perdas e danos.

Em contrapartida, caso o incorporador não desista do empreendimento e negocie a unidade autônoma com algum adquirente, o art. 35 da Lei 4.591/64¹¹, com a nova redação imposta pelo art. 13 da Lei n. 4.864/65¹², preleciona que o incorporador terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados do termo final do prazo de carência ou, caso este não exista, contados da apresentação do ultimo documento de ajuste preliminar, para promover a celebração do contrato referente à alienação da fração ideal do terreno, bem como do contrato de construção e da convenção de condomínio.

Caso o incorporador não outorgue os contratos supramencionados no prazo estabelecido, reza o art. 35, §5º da Lei n. 4.591/64 que o

10 Lei n. 4.591/64, art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. § 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento. § 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se for o caso, de sua revalidação. § 3º Os documentos preliminares de ajuste, se houver, mencionarão, obrigatoriamente, o prazo de carência, inclusive para efeitos do art. 45. § 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis ... (VETADO) ... e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador. § 5º Será averbada no registro da incorporação a desistência de que trata o parágrafo anterior arquivando-se em cartório o respectivo documento. § 6º O prazo de carência é improrrogável.

11 Lei n. 4.591/64, art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i", do art. 32.

12 Lei n. 4.864/65, art. 13. Art. 13. É de 60 (sessenta) dias o prazo máximo concedido ao incorporador, no art. 35 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

incorporador poderá ser penalizado com uma multa no valor de 50% (cinquenta por cento) sobre a quantia que efetivamente tiver recebido do adquirente, sendo que esta multa será um título executivo, passível de execução judicial pelo comprador do imóvel.

Neste sentido, foi o julgamento do RESP 678.498/PB¹³, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. Neste julgado, entendeu-se que é devida a multa do art. 35, §5º, da Lei n. 4.591/64 caso o incorporador não proceda a outorga do contrato de compra e venda da fração ideal do terreno dentro do prazo previsto no art. 35 da mesma Lei.

Noutro giro, uma vez descumprido o teor do art. 32 da Lei n. 4.591/64, isto é, caso o incorporador aliene a unidade autônoma do edifício em construção, antes de realizar o registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o incorporador poderá incorrer em sanções civis e criminais.

Quanto à responsabilidade civil, o Colendo Superior Tribunal de Justiça, por meio do REsp. 334.838/AM¹⁴, de relatoria do Ministro João

13 Ementa: Direito civil e processual civil. Recurso especial. Incorporação imobiliária. Multa. Aplicação. CDC. Matéria jurídica não apreciada pelo Tribunal de origem. Indenização. Fatos e provas insuscetíveis de reexame. - Não se conhece do recurso especial no tocante à matéria jurídica não apreciada pelo Tribunal de origem. - Ao concluir o Tribunal Estadual pela ausência de culpa da incorporadora no atraso da entrega do imóvel, lastreou-se nos fatos e provas apresentados no processo, o que impede a modificação do julgado no particular em sede especial. - O art. 32 da Lei n.º 4.591/64 dispõe que a incorporadora somente poderá negociar as unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, a respectiva incorporação. - O descumprimento da obrigação que incumbe à incorporadora de proceder à outorga válida do contrato de compra e venda de fração ideal de terreno no prazo fixado em lei, impõe a aplicação da multa prevista no art. 35, § 5º da Lei n.º 4.591/64. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 678.498/PB, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 25/09/2006, DJ 09/10/2006, p. 286)

14 Ementa: Agravo regimental. Recurso especial. Incorporação imobiliária. Venda de unidades autônomas. Necessidade de registro de documentos. Artigo 32 da lei n. 4.591/1964. Descumprimento. Aplicação de multa. 1. O incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas do empreendimento imobiliário quando registrados, no Cartório de Registro Imobiliário competente, os documentos previstos no artigo 32 da Lei n. 4.591/1964. Descumprida a exigência legal, impõe-se a aplicação da multa do art. 35, § 5º, da mesma lei. Precedentes. 2. Agravo regimental provido em parte para dar parcial provimento ao recurso especial. (AgRg no REsp 334.838/AM, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 27/05/2010).

Otávio de Noronha, REsp 325.876/PB¹⁵, de Relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito e do REsp 192.182/MG¹⁶, de Relatoria do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, entendeu que, além da restituição do que foi pago pelo adquirente do imóvel, o incorporador também incorrerá na mesma multa de 50% sobre o valor efetivamente recebido, multa esta prevista no art. 35, §5º, da Lei n. 4.591/64. Em didático voto, o eminente Relator Ministro João Otávio de Noronha, no Recurso Especial n.º 334.838, de 2010, explicita:

Esses precedentes preconizam também a incidência da multa prevista no artigo 35, § 5º, da Lei n. 4.591/64 na hipótese em que o negócio é feito em desconformidade com a legislação própria. Na situação em exame, o negócio imobiliário foi realizado pelo incorporador sem o cumprimento das exigências previstas, o que impõe a aplicação da multa. Assim, como consequência do não cumprimento da obrigação, é de ser reconhecida a nulidade do contrato mencionado e restituídas as partes ao status quo ante, com a devolução integral dos valores pagos pela agravante e a manutenção da propriedade da unidade imobiliária em favor da empresa agravada, devendo ainda ser aplicada a multa mencionada (AgRg no REsp 334.838/AM, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 27/05/2010).

15 Ementa: Execução. Fraude de execução. Multa do art. 35, § 5º, da Lei n.º 4.591/64. Precedentes da Corte. 1. Provado que houve o remembramento da área antes mesmo da citação para a execução, embora feito o registro posteriormente, não há falar em fraude de execução. 2. Na linha de precedentes da Corte, o "incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas uma vez registrados os documentos previstos no art. 32 da Lei n.º 4.591/64, sendo suscetível de sofrer a multa do art. 35, § 5º, no caso de violação". 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (REsp 325.876/PB, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/04/2002, DJ 20/05/2002, p. 136)

16 Ementa: Direito Civil. Contrato de promessa de compra e venda. Loja em construção. Descumprimento do registro em cartório exigido no art. 32, lei 4.591/64. Cláusula contratual de devolução da quantia paga. Enunciado n. 5 da súmula/stj. Dano moral. Arts. 1.059 e 1.060, cc. Inaplicabilidade. Multa. Art. 35, § 5º, lei 4.591/64. Cabimento. Precedentes. Recurso desacolhido. I - Tendo o acórdão se fundado na interpretação da cláusula contratual para extrair-lhe conteúdo leonino, resta vedado o reexame do tema nesta Corte, a teor do verbete sumular n. 5/STJ. II - A alegação, na espécie, de ofensa aos arts. 1.059 e 1.060 do Código Civil, que dizem respeito às perdas e danos, não se presta ao exame do cabimento ou não de danos morais. III - Na linha da jurisprudência desta Corte, "o incorporador só se acha habilitado a negociar unidades autônomas uma vez registrados os documentos previstos no art. 32 da Lei 4.591/1964, sendo suscetível de sofrer a multa do art. 35, § 5º, no caso de violação". (REsp 192.182/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2001, DJ 18/02/2002, p. 447)

Quanto à responsabilidade criminal, a Lei n. 4.591/64 prevê hipóteses em que o incorporador, o construtor e o corretor incorrerão na prática de crime ou contravenção penal contra a economia popular. O artigo 65 da Lei n. 4.591/64¹⁷ prevê como crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações. Para este crime, a pena é de reclusão, de um a quatro anos, e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo vigente no país^{18 19}.

Já o art. 66 da Lei n. 4.591/64²⁰ prevê condutas que configuram contravenções penais relativas à economia popular. Para estas hipóteses,

¹⁷ Lei n. 4.591/64, art. 65: É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações - Art. 65 da Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias - Preliminar - Prescrição da pretensão punitiva - Pena fixada em um ano de reclusão - Prazo prescricional de quatro anos - Delito que abrange em sua essência a falsidade ideológica - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Consumação ao tempo em que feita a afirmação falsa - Advendo da prescrição - Extinção da punibilidade que se decreta - Recurso provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0701.00.012385-4/001, Relator(a): Des.(a) Reynaldo Ximenes Carneiro, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/10/2005, publicação da súmula em 25/11/2005).

¹⁸ Ementa: Apelação - Crime contra a economia popular - Promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações - Art. 65 da Lei 4.591/64, que dispõe sobre o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias - Preliminar - Prescrição da pretensão punitiva - Pena fixada em um ano de reclusão - Prazo prescricional de quatro anos - Delito que abrange em sua essência a falsidade ideológica - Crime instantâneo de efeitos permanentes - Consumação ao tempo em que feita a afirmação falsa - Advendo da prescrição - Extinção da punibilidade que se decreta - Recurso provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0701.00.012385-4/001, Relator(a): Des.(a) Reynaldo Ximenes Carneiro, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 06/10/2005, publicação da súmula em 25/11/2005).

¹⁹ Ementa: Crime contra a Ordem Econômica - Contratante que induz o contratado a erro, omitindo informação clara e precisa sobre as condições de aquisição do imóvel e fazendo constar falsamente do contrato de promessa de compra e venda número inexistente de registro de incorporação no Cartório Imobiliário - Afronta ao art. 65 da Lei 4.591/64 - Absolvição - Inadmissibilidade - Delito caracterizado - Condenação que se impõe - Reprimenda mínima - Concessão do "Sursis" - Recurso provido. (TJMG - Apelação Criminal 1.0000.00.345045-9/000, Relator(a): Des.(a) Luiz Carlos Biasutti, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 09/10/2003, publicação da súmula em 30/10/2003)

²⁰ Lei n. 4.591/64, art. 66: São contravenções relativas à economia popular, puníveis na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951: I - negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei; II - omitir o incorporador, em qualquer documento de ajuste, as indicações a que

a pena é apenas pecuniária, consistente em multa de 5 a 20 vezes o maior salário mínimo vigente no país.

Chamando atenção para o inciso I, do art. 66, tem-se que negociar frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências da Lei, configura infração penal. Logo, a simples venda da unidade autônoma, antes do registro da incorporação imobiliária (art. 32 da Lei 4591/64), configura a contravenção prevista no art. 66, I.

Importante destacar ainda, que a venda de unidades autônomas de um edifício, antes de ser feito o registro da incorporação imobiliária, pode configurar, ao menos em tese, crime de estelionato, previsto no art. 171, do Código Penal²¹. Entendimento semelhante possui a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme julgamento do RHC 61366/MG²².

Portanto, de acordo com o disposto na Lei n. 4.591/64, bem como o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, é vedada a venda da unidade autônoma antes do registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador, do construtor e do corretor. Desta forma, somente após o registro de incorporação imobiliária, é possível a alienação do imóvel para o consumidor.

se referem os artigos 37 e 38, desta Lei; III - deixar o incorporador, sem justa causa, no prazo do artigo 35 e ressalvada a hipótese de seus § 2º e 3º, de promover a celebração do contrato relativo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da Convenção do condomínio; IV - (VETADO). V - omitir o incorporador, no contrato, a indicação a que se refere o § 5º do artigo 55, desta Lei; VI - paralisar o incorporador a obra, por mais de 30 dias, ou retardar-lhe excessivamente o andamento sem justa causa. PENA - Multa de 5 a 20 vezes o maior salário-mínimo legal vigente no País. Parágrafo único. No caso de contratos relativos a incorporações, de que não participe o incorporador, responderão solidariamente pelas faltas capituladas neste artigo o construtor, o corretor, o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador, se as faltas cometidas lhe forem imputáveis.

²¹ Código Penal, art. 171: Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

²² Ementa: Penal. Estelionato. Venda de apartamento em edifício a ser incorporado. Matéria de prova, insuscetível de exame no "habeas corpus" (RHC 61366, Relator(a): Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 03/02/1984, DJ 24-02-1984 PP-02204 EMENT VOL-01325-01 PP-00063).

4 Análise sobre a eventual responsabilidade da imobiliária

Em regra, nos contratos de compra e venda intermediados pela imobiliária e/o pelo corretor, estes, além de incentivar a celebração do negócio jurídico entre comprador e vendedor, gerando uma expectativa, também providenciam toda a documentação necessária para a concretização da venda do imóvel.

Porém, a função do corretor de imóveis, e de sua imobiliária, não é apenas aproximar as pessoas interessadas. Há sim sua função de se responsabilizar pelo bem. Sabe-se que o corretor de imóveis possui o dever legal de zelar pela clareza, cuidando pela segurança e riscos do negócio. Inclusive, é isso que dispõe o art. 723 do Código Civil²³, ao mencionar que o corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, bem como prestar ao cliente todas as informações sobre o negócio.

No mesmo rumo, o art. 723, parágrafo único do Código Civil²⁴ preleciona que o corretor responderá por perdas e danos caso deixe de prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados. Nesta esteira, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, conforme Apelação Cível n. 1.0024.03.112034-8/001, de relatoria do Des. Nilo Lacerda²⁵.

23 Código Civil, art. 723: O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio.

24 Código Civil, art. 723, parágrafo único: Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência.

25 Ementa: Direito civil - resolução de contrato - promessa de compra e venda - promissário vendedor que não é proprietário - invalidade do negócio jurídico - corretagem - responsabilidade pela informação do negócio - É vedado a alguém transferir mais direitos do que possui, motivo pelo qual a venda efetuada por quem não era proprietário do imóvel sem a autorização do verdadeiro dono não transfere o domínio para o eventual adquirente. - Nos termos do art. 723 do Código Civil, o corretor deve prestar informações completas e claras aos compradores acerca do imóvel objeto da negociação, devendo ser responsabilizado quando atua sem a diligência necessária e elabora contrato em que os vendedores não são proprietários do imóvel. Recursos Parcialmente Providos. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.03.112034-8/001, Relator(a): Des.(a) Nilo Lacerda, 12ª Câmara Cível, julgamento em 10/10/2012, publicação da súmula em 22/10/2012).

Esta prestação deve se pautar pelo agir honestamente próprio da boa-fé objetiva, sendo que o desrespeito a tais deveres gera a resolução do contrato, com perdas e danos (TARTUCE, 2017, p. 551). Igualmente, o art. 20, da Lei n. 6530/78, que é a lei que regulamenta a atividade de corretagem, prevê dez práticas e condutas que são vedadas ao corretor de imóveis e à imobiliária. Dentre elas, destacam-se os incisos I, V e IX, que dispõe:

Lei n. 6.530/78, art. 20. Ao Corretor de Imóveis e à pessoa jurídica inscritos nos órgãos de que trata a presente lei é vedado:

I - prejudicar, por dolo ou culpa, os interesses que lhe forem confiados; [...]

V - anunciar imóvel loteado ou em condomínio sem mencionar o número de registro do loteamento ou da incorporação no Registro de Imóveis; [...]

IX - praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção; (BRASIL, 1978).

Todos estes incisos remetem à vedação da venda das unidades autônomas antes do registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis. Inclusive, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, por meio da Apelação Cível n 2.0000.00.481134-7/000²⁶, entendeu que, caso haja prova da ausência do registro de incorporação antes da venda do imóvel, a imobiliária também será responsável pelos danos causados ao adquirente.

Ademais, os artigos 65 e 66, parágrafo único, ambos da Lei 4.591/64, prelecionam que o corretor/imobiliária também podem ser punidos pelos crimes e contravenções contra a economia popular previstos nos

²⁶ Ementa: Rescisão de contrato - falta de registro da incorporação - responsabilidade da corretora - prova - art. 333, INC. I, CPC. Nos termos do art. 333, inc. I, CPC, cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito. Inexistindo prova quanto à falta de registro da incorporação, não há que se falar em culpa da empresa corretora de imóveis que faz a intermediação da promessa de compra e venda. (TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.481134-7/000, Relator(a): Des.(a) Mota e Silva, Relator(a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 03/03/2005, publicação da súmula em 23/03/2005)

dispositivos que, dentre eles, está a venda do imóvel antes da incorporação.

Portanto, a imobiliária/corretora também responde pelos danos causados ao adquirente do imóvel quando este é alienado antes do registro de incorporação junto ao Cartório de Registro de Imóveis, podendo a imobiliária incorrer nas mesmas sanções civis e criminais destinadas ao incorporador, sem prejuízo das perdas e danos.

5 A aparente e possível responsabilidade objetiva e solidária

A relação de consumo é regida pela Lei n. 8.078/90, conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), tendo sido criado em atenção ao art. 5º, XXXII, da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou o direito do consumidor como princípio fundamental, tendo em vista a vulnerabilidade do consumidor (GARCIA, 2017, p. 17).

No mesmo sentido, reforçando a necessidade da proteção do consumidor, a Constituição da República, em seu artigo 170, V, também introduziu a figura do consumidor como agente econômico e social, estabelecendo a defesa do consumidor como princípio da ordem econômica constitucional, o que possibilitou a intervenção do Estado nas relações privadas (GARCIA, 2017, p. 21).

Desta forma, o art. 48 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988 (ADCT), em seu art. 48, determinou um prazo de 120 (cento e vinte) dias, após a promulgação da CRFB/88 para a elaboração de um código de defesa do consumidor.

Assim, formou-se uma comissão para a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, composta por Ada Pellegrini Grinover (coordenadora), Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. Também houve uma intensa colaboração de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo

Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Nelson Nery Jr. e Régis Rodrigues Bonvicino (TARTUCE; NEVES, 2017, p. 19).

Leonardo de Medeiros Garcia (2017, p. 21) traça um paralelo entre o objetivo do Código de Defesa do Consumidor com a isonomia, ao afirmar que o Código de Defesa do Consumidor se trata de um microsistema jurídico, em que o objetivo é tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente o fornecedor e o consumidor, no intuito de alcançar a igualdade. Assim, o art. 2º, do Código de Processo Civil define o consumidor como sendo toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final.

Destrinchando referido artigo, tem-se três elementos que caracterizam o consumidor: *a)* elemento subjetivo, consistente em ser o consumidor pessoa física ou jurídica; *b)* elemento objetivo, que remete à aquisição ou utilização de produtos ou serviços; *c)* elemento teleológico, que se refere à finalidade pretendida com a aquisição de produtos ou serviços, isto é, ser o destinatário final (GARCIA, 2017, p. 27).

Em contrapartida, o art. 3º do mesmo Código define, de forma ampla, o fornecedor, como sendo 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.

Noutro giro, antes mesmo da construção do edifício, é comum o incorporador e o construtor iniciarem a alienação das unidades autônomas, o que é popularmente conhecido como “venda do imóvel na planta”. Para facilitar o acesso com o adquirente do imóvel, é comum a intermediação de uma imobiliária, tornando a divulgação, publicidade e venda do imóvel mais fácil.

Desta forma, a relação entre o incorporador/construtor, imobiliária e adquirente, é uma relação de consumo, já que o adquirente se enquadra na definição de consumidor presente no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, bem como o incorporador, o construtor e a imobiliária se encaixam na definição de prestadores de serviços e fornecedores de produtos, conforme art. 3º do mesmo Diploma^{27 28}.

Isto, pois, o comprador adquire a unidade autônoma, bem como se vale dos serviços de intermediação da imobiliária, ambos mediante remuneração. Em contrapartida, o incorporador e a construtora fornecem o produto, consistente no imóvel a ser construído, enquanto a imobiliária presta o serviço de intermediação entre os vendedores e o comprador.

27 Ementa: CONTRATO IMOBILIÁRIO - CORRETAGEM - INTERMEDIÇÃO - ARTIGO 723 CCB - REGULAÇÃO - RELAÇÃO DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR DE SERVIÇO - ARTIGO 14 DO CDC - APLICAÇÃO - DESÍDIA - VERIFICAÇÃO - PERDAS E DANOS DEVIDAS - PROVA - NECESSIDADE. Ao assinarem contrato de compra e venda de imóvel intermediado por prestadores de serviços imobiliários, pessoa física ou jurídica, por corretagem ou intermediação, obrigam-se as partes, na forma da Lei Civil Brasileira, que regula a atividade nos artigos 722 a 729 e, especialmente nos termos do Código de Defesa do Consumidor, dada a natureza do negócio. O artigo 723 do CCB, ainda em sua antiga redação já obrigava o corretor a executar a mediação com a diligência e prudência, respondendo por sua desídia objetivamente, por força do que dispõe o artigo 14 do CDC que rege o fornecimento de serviço, salvo no caso de perdas e danos que inadmitem condenação por arbitramento, exigindo prova consistente. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.07.752596-2/001, Relator(a): Des.(a) Antônio Bispo, 15ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 18/08/2011, publicação da súmula em 01/09/2011).

28 Ementa: APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E DO CONSUMIDOR. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. REJEIÇÃO. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL ADQUIRIDO NA PLANTA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RETORNO DAS PARTES AO STATUS QUO ANTE. DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS PELO PROMISSÁRIO COMPRADOR DE FORMA IMEDIATA E INTEGRAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. NATUREZA COMPENSATÓRIA DA CLÁUSULA PENAL ARBITRADA. CUMULAÇÃO COM LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE. TERMO FINAL. DATA DO DEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MOMENTO DA SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS PELA PARTE AUTORA. POSSIBILIDADE DE VENDA DO IMÓVEL A TERCEIRO PELA PARTE RÉ. SENTENÇA CONFIRMATÓRIA. EFEITOS RETROATIVOS. 1. Não há dúvidas de que a relação jurídica mantida entre as partes está sujeita ao regramento protetivo do CDC (Lei n.º 8.078/90), uma vez que os promissários compradores e a construtora/incorporadora se encaixam, respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor disposto nos arts. 2º e 3º do referido normativo. 2. Em razão da evidenciada relação de consumo entre promissários compradores e a construtora/incorporadora, com base no disposto nos arts. 7º, parágrafo único, 18, 25, §1º e 34, do CDC, a responsabilidade é solidária pela reparação dos danos previstos na norma de consumo e, assim, ao consumidor é garantido o direito de demandar contra todos que participaram da cadeia de produção ou da prestação do serviço. Preliminar de ilegitimidade passiva rejeitada. [...]. 8. Apelações conhecidas. Preliminar rejeitada. Apelação da primeira ré não provida. Apelações da segunda ré e dos autores parcialmente providas. (TJDF - Acórdão n.924555, 20140110846234APC, Relator: SIMONE LUCINDO, Revisor: NÍDIA CORRÊA LIMA, 1ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 24/02/2016, publicado no DJE: 10/03/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Nesta senda, por se tratar de uma relação de consumo, nos termos dos artigos 12²⁹ e 14³⁰, todos do Código de Defesa do Consumidor, a responsabilidade dos fornecedores de produtos e prestadores de serviço é objetiva, não sendo necessária a comprovação de existência de culpa para que os mesmos respondam por eventuais danos causados ao adquirente do imóvel pela venda das unidades autônomas antes do registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente ou pelos danos decorrentes da falta de outorga do contrato celebrado com o adquirente.

Destarte, a responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves, em Responsabilidade Civil, 8^a ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22:

Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura) (GONÇALVES, 2003, p. 21-22).

Note-se, ainda, das lições de Sérgio Cavalieri Filho:

O fornecedor de serviços, consoante art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços. Trata-se de responsabilidade objetiva pelo fato do serviço, fundada na teoria do risco do empreendimento, segundo a qual todo aquele que se dispõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de

29 Código de Defesa do Consumidor, art. 12: O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

30 Código de Defesa do Consumidor, art. 14: O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

bens e serviços tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa. Este dever é imanente ao dever de obediência às normas técnicas e de segurança, decorrendo a responsabilidade do simples fato de dispor-se alguém a realizar atividade de executar determinados serviços. Em suma, os riscos do empreendimento correm por conta do fornecedor (de produtos e serviços) e não do consumidor. O fornecedor só afasta a sua responsabilidade se provar (ônus seu) a ocorrência de uma das causas que excluem o próprio nexos causal, enunciadas no § 3º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: inexistência do defeito e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (FILHO, 2003, p. 400).

Em complemento à responsabilidade objetiva, o incorporador, o construtor e a imobiliária, também responderão solidariamente pelos eventuais danos causados ao adquirente do imóvel, pela venda das unidades autônomas antes do registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

A responsabilidade solidária está prevista nos artigos 7º, parágrafo único³¹, 25, §1º³² e 34³³ todos do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a corretora de imóveis, o incorporador e a construtora, formam uma cadeia de consumo, o que enseja a responsabilidade solidária de todos os envolvidos.

Ainda quanto à responsabilidade solidária, o art. 66, parágrafo único, da Lei n. 4.591/64, dispõe que no caso de contratos relativos às incorporações, de que não participe o incorporador, responderão solidariamente pelas contravenções previstas neste artigo, o construtor, o corretor, o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde

31 Código de Defesa do Consumidor, art. 7º, parágrafo único: Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

32 Código de Defesa do Consumidor, art. 25, § 1º: Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores.

33 Código de Defesa do Consumidor, art. 34: O fornecedor do produto ou serviço é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos.

que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador, se as faltas cometidas lhe forem imputáveis.

Ademais, conforme o art. 65, §1º, da mesma Lei, o incorporador, o corretor (imobiliária) e o construtor estão sujeitos às sanções criminais previstas no caput do dispositivo. Logo, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, aquele que participa da cadeia de fornecimento responde de forma objetiva e solidária pelos danos causados ao consumidor pela falha na prestação do serviço ou fornecimento de produtos, motivo pelo qual a imobiliária também poderá suportar a multa prevista no art. 35, §5, da Lei n. 4.591/64.

Portanto, por se tratar de uma relação de consumo, deverá ser aplicado o Código de Defesa do Consumidor, que prevê a responsabilidade objetiva e solidária dos fornecedores de serviços.

6. Considerações finais

O art. 927 do Código Civil assegura o dever de reparar o dano causado pela prática de um ato ilícito, que é definido pelos artigos 186 e 187. Neste sentido, a responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar surgem após uma ação ou omissão voluntária que, por culpa ou dolo do agente, acarrete em algum dano, moral ou material, à vítima.

Assim, são 04 (quatro) os requisitos para a configuração da responsabilidade civil, quais sejam: **(i)** ação ou omissão que venha a causar dano a outrem; **(ii)** culpa (negligência ou imprudência) ou dolo (ação ou omissão voluntária) do agente; **(iii)** relação de causalidade, que é a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela vítima. Sem a relação de causalidade não há o dever de indenizar; e **(iv)** dano, que pode ser material ou moral.

Como visto, o registro de incorporação imobiliária é requisito obrigatório para divulgação e a venda de unidades autônomas de um

edifício que ainda será construído. Ou seja, antes de ser iniciada a obra e antes do imóvel ser colocado à venda, o incorporador deve promover o registro da incorporação junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente.

Alienada a unidade autônoma, o incorporador deverá promover a outorga do contrato referente à alienação da fração ideal do terreno, bem como do contrato de construção e da convenção de condomínio, sob pena de aplicação de multa devida para o adquirente, no valor de 50% da quantia paga pelo comprador, conforme prevê o art. 35, §5º, da Lei n. 4.591/64.

Caso o incorporador aliene ou anuncie, a venda da unidade autônoma antes do registro de incorporação, poderá incorrer em sanções criminais, previstas nos artigos 65 e 66 da Lei n. 4.591/64. Além de sanções criminais, o incorporador estará sujeito às sanções civis, consistentes na restituição do valor pago pelo adquirente do imóvel, bem como a multa prevista no art. 35, §5º, da Lei n. 4.591/64, correspondente a 50% sobre o valor pago, sem prejuízo das perdas e danos, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à imobiliária, esta tem o dever de diligência e prudência, devendo agir com zelo e prestar ao cliente todas as informações sobre o negócio. Caso não o faça, responderá pelos danos sofridos pelo adquirente do imóvel, quando vendido antes do registro de incorporação imobiliária, bem como pelos danos e prejuízos provocados pela falta de outorga do contrato dentro do prazo estabelecido em lei.

Ora, é de se esperar que um corretor ou imobiliária, que incentivam a compra de um imóvel, ao menos verifiquem, antes, se o imóvel obedece aos requisitos da lei ou se haveria alguma pendência em Cartório, Prefeitura, etc. Não se pode admitir ou incentivar práticas que violem a

presunção de boa-fé das pessoas que celebram os contratos de compra e venda.

Deve-se entender que o comprador de qualquer imóvel, possa presumir que o imóvel que esteja sendo ofertado por uma imobiliária, esteja apto legalmente para sua aquisição. Caso o imóvel não esteja com todos os seus registros em dia, não estará apto para a aquisição, motivo pelo qual a imobiliária também pode incorrer nas mesmas sanções civis que estão sujeitos o incorporador.

Quanto às sanções penais, também podem ser suportadas pela imobiliária, tendo em vista que os mesmos artigos 65 e 66 da Lei n. 4.591/64 possibilitam ser o corretor sujeito ativo dos delitos. E mais, a relação jurídica entre o adquirente do imóvel, o incorporador, o construtor e a imobiliária é uma relação de consumo, tendo em vista que o adquirente se enquadra na definição legal de consumidor prevista no art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, já que está adquirindo um produto (imóvel) como destinatário final, enquanto o incorporador, e o construtor fornecem o produto e, juntamente com a imobiliária, prestam o serviço.

Desta forma, por ser uma relação consumerista, incorporador, construtor e imobiliária fazem parte de uma cadeia de consumo, motivo pelo qual a responsabilidade destes será objetiva, em relação a qual não é necessária a comprovação de culpa, e solidária, em que todos responderão integralmente pelos danos provocados no consumidor.

Portanto, de forma eminentemente reflexiva, acadêmica e construtiva, sem pretender esgotar o assunto, acredita-se que tanto o incorporador, quanto a imobiliária, podem ser considerados solidariamente responsáveis pelos danos ocasionados da venda da unidade autônoma do prédio antes do registro de incorporação imobiliária junto ao Cartório de Registro de Imóveis.

Referências

ALCÂNTARA, Silvano Alves. **Direito Empresarial e Direito do Consumidor**. Curitiba: InterSaber, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 678.498/PB**. Relator: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 25/09/2016. Disponível em: <<http://stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=678498&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 334.838/AM**. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Quarta Turma, julgado em 18/05/2010. Disponível em: <http://stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=334838&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 325876/PB**. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma, julgado em 08/04/2002. Disponível em: <<http://stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=325876&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 192182/MG**. Relator: Min. Sálvio De Figueiredo Teixeira. Quarta Turma, julgado em 20/11/2001. Disponível em: <http://stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=192182&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 1.0024.03.112034-8/001**. Relator: Des. Nilo Lacerda. 12ª Câmara Cível, julgado em 10 out. 2012. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.03.112034-8%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível 2.0000.00.481134-7/000.**

Relator: Des. Mota e Silva, julgado em 03/03/2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=2.0000.00.481134-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. **Apelação Cível 0019944-**

28.2014.8.07.0001. Relatora: Des. Simone Lucindo, 1ª Turma Cível, julgado em 24/02/2016. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdf.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=924555>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0701.00.012385-**

4/001. Relator: Des.(a) Reynaldo Ximenes Carneiro, 2ª Câmara Criminal, julgado em 06/10/2005. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=2&totalLinhas=7&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=crime%20lei%204.591/64&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Criminal 1.0000.00.345045-**

9/000. Relator: Des.(a) Luiz Carlos Biasutti, 2ª Câmara Criminal, julgado em 09/10/2003. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=4&totalLinhas=7&paginaNumero=4&linhasPorPagina=1&palavras=crime%20lei%204.591/64&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em 15 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 61366/MG**. Relator: Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 03/02/1984. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2861366%2EENUME%2E+OU+61366%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://ti.nyurl.com/ya8ttvs8>>. Acesso em 15 jul. 2018.

FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento. **Loteamento fechado ou condomínio de fato**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

FILHO, Sérgio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 400.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. V. 3. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor comentado: artigo por artigo**. 13 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil**. V. 4. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HÜBERT, Ivens Henrique. **Condomínios em geral e incorporações imobiliárias**. Curitiba: IESDE Brasil, 2012.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Contratos**. V. 3. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PILATTI, Marlou Santos Lima. **Manual prático de incorporação imobiliária**. 4^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

SECOVI-SP. **Mercado imobiliário de São Paulo apresenta bons resultados em abril.**

Disponível em: <<http://www.secovi.com.br/pesquisas-e-indices/pesquisa-mensal-do-mercado-imobiliario>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil 2: **Direito das obrigações e responsabilidade civil.** 7^a ed.

Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: **Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie.** V.

3. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil.** 7^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo:

Método, 2017.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do**

Consumidor: direito material e processual. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Capítulo 15

Sucessão dos bens digitais: perspectivas no ordenamento jurídico para o direito de personalidade pós-morte

*Aurilene Thaís Ferreira da Silva
Flaviane Monteiro
Isabela Maria Marques Thebaldi*

1 Introdução

A sociedade, o homem e a tecnologia, desde os primórdios estão em constante evolução. A tecnologia por sua vez possui alguns pontos que mudaram toda a história, como a internet, por exemplo; que trouxe uma mutação gigantesca nos envolvendo cada vez mais nas chamadas redes sociais, sejam elas de mera interação como *Facebook*, *Instagram* ou *Twitter*, rede de relacionamento profissional como *Linkedin*, relacionamento pessoal como *Tinder*, ou serviços como Mercado Livre para compra e venda, bancos digitais, moedas digitais ou ainda as chamadas Nuvem, armazenamentos via satélite de fotos ou documentos que possibilitam o compartilhamento dos mesmos com outros usuários indiferente da localização.

Diante da atual situação pandêmica mundial enfrentada, notamos mais evidente a necessidade da vida online, nasceram novas saídas para situações corriqueiras que a poucos meses atrás não enxergávamos. No judiciário, por exemplo, tivemos uma reviravolta benéfica, pois o já utilizado sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe), nunca foi tão necessário e eficiente, sem contar as audiências online que agilizaram os processos de forma fundamental, possibilitando atos processuais que demorariam semanas ou meses pelas vias habituais acontecerem de forma muito mais célere sem nenhum tipo de prejuízo aos requisitos processuais.

O Direito como bom guardião da vida em sociedade concorrente a princípios já estabelecidos como direito de privacidade e cessão de bens, amplia sua visão jurisdicional na busca da solução de possíveis conflitos ou simples tutela dos bens digitais.

Para a eficácia da assistência jurídica aos referidos bens, é inevitável levar em consideração o valor monetário dos mesmos. Fato que é facilmente, identificado quando falamos de recursos digitais como criptomoedas que já trazem expresso seu valor, ou um perfil em rede social que gere renda ao usuário, este podemos valorar economicamente com destreza e parcialidade, havendo controvérsias quando o assunto são os bens de valor sentimental, pois variam de pessoa a pessoa e momentos que não voltam.

2 Bens digitais

Tempos atrás não somente o Direito, mas também a sociedade reconhecia dois tipos de bens, móveis e imóveis, acrescido mais tarde os semoventes. Porém com a evolução das formas de nos relacionar e a interação cada vez maior do mundo digital vimos nascer um novo tipo de negócio, os chamados bens digitais. Ninguém vai à loja para comprar um CD, hoje baixamos as músicas via plataforma digital, fato é que a era digital engoliu tudo que nos cerca. Temos livros digitais, criptomoedas ou dinheiro eletrônico, lojas inteiras num simples aplicativo que após a abertura de uma conta precedida de seu usuário, realizamos compras e recebemos no conforto de nossos lares, prática que vem fazendo toda a diferença neste período pandêmico.

A tecnologia vem tomando considerável parte da atualidade, e um dos benefícios trazidos por ela é a possibilidade de crescimento no ramo do empreendedorismo dentro das redes sociais. Portanto, sobre o exercício dos negócios jurídicos, reflete Ricardo Alexandre de Oliveira:

O uso de dados pessoais, nesse contexto, passou a ser não apenas essencial para concretização de tais negócios, mas também se tornou um verdadeiro ativo para grandes empresas e corporações. [...] conhecendo melhor seu público, as empresas conseguem oferecer com maior assertividade seus produtos e serviços, pensar em novos negócios e oportunidades, aumentar seus lucros e obter para si diferencial competitivo que pode ser determinante para se sobressair na sua área de atuação. (OLIVEIRA, 2018).

Entretanto, as lojas virtuais vêm se abrangendo cada vez mais. Vale ressaltar o quão benéfico tem sido para os proprietários em relação à economia, pelo fato de simplesmente não ter gastos com aluguéis de imóveis, água, luz, pagamento de impostos, dentre outros gastos que uma loja física obteria e que a loja virtual não necessariamente tem. Os digitais influencers seriam outro exemplo, pois utilizam sua imagem através das redes sociais para fazer marketing, pode-se dizer que essa é uma das principais estratégias para se obter lucro, pois uma das tarefas dos digitais é a postagem de divulgação para lojas que os patrocinam, dentre outras atividades que são remuneradas.

Esses são alguns exemplos de bens digitais que se tornaram de grande importância no Direito Sucessório, direitos estes que necessitam do apoio da jurisdição brasileira, que por inúmeras vantagens, comprovam sua valoração econômica.

2.1 Tipos de bens

Incontáveis são bens digitais, porém já conseguimos fazer duas distinções importantes sobre eles. Os bens de valor monetário distinguem-se dos bens de valor emocional. No entanto os bens de valor econômico como milhas cartão de crédito, moedas virtuais ou músicas, por exemplo, pelo fato de constituírem valor patrimonial, sofrem todas as regras de

divisão ou sucessões aplicadas pelos artigos 617 e seguintes do CPC, e artigos 1.845 e seguintes do Código Civil.

E a evolução é rápida e constante, os Bitcoins lançados em 2009 iniciaram sua jornada sendo distribuídos até de forma gratuita para que o mercado tomasse conhecimento de sua existência, porém hoje não é mais possível adquiri-los assim, muito até pelo contrário hoje no dia em que escrevo este artigo ele vale em torno de R\$ 312.682,73 Real brasileiro; no entanto este já não é mais novidade no mundo dos investimentos digitais. Roubando a cena chegaram os *NFTs Non Fungible Token*, traduzindo, Token não fungível.

Para melhor explanação acerca do tema é necessário que se faça a distinção entre fungíveis e não fungíveis. Se você tem uma nota de dez ou duas de cinco, isso não muda absolutamente nada, temos um bem físico e fungível, agora se tem um imóvel de quatrocentos mil ou dois de duzentos mil, muda tudo pois cada imóvel tem suas peculiaridades e características inerentes somente a eles.

Trazendo essas definições para o mundo digital, temos como exemplo os pontos de milhas aéreas que você pode ter cem milhas num cartão e mais cem em outro, o que é o mesmo que dizer que tem duzentos milhas essas seriam fungíveis. Já os não fungíveis são os ditos NFTs, que surgiram da tecnologia de sistema já existente chamado *Blockchain* que consiste em um sistema de dados que permite rastrear, enviar e receber informações pela internet interligados em blocos que garante a não violação destes dados, garantindo a autenticidade dos mesmos.

Assim os NFTs são imagens registradas no *Blockchain* que certifica que aquela determinada imagem pertence a você, e somente você a possui tornando aquilo escasso, e todos podem copiar ou fazer um print, porém, o original é apenas seu. Essa nova modalidade de investimento já movimentou milhões de dólares.

Os bens de valor sentimental que seriam fotos e vídeos em armazenamento de satélite, mensagens trocadas por e-mail ou outra rede social, por exemplo, essas em sua maioria já disponibilizam ao usuário um termo em que ele em vida e plenas condições define o que será desta mídia em caso de morte. Podendo o usuário optar desde a exclusão da conta a escolher um amigo ou parente para gerir esta, que a partir deste momento se tornar uma espécie de memorial de sua vida, como é o caso do Facebook.

2.2 Evolução histórica e conceito

Podemos conceituar os bens digitais como tudo aquilo que pode ser negociável e que existe não na forma física, mas sim de forma digital, sejam as milhas do seu cartão ou até mesmo sua conta de Instagram que possui milhões de seguidores.

A evolução se deu em efeito cascata, quanto mais dependentes da praticidade do novo mundo, mais o víamos necessário, o que fez nascer novas profissões como o youtuber, indivíduo que publica vídeos e conteúdos diversos na plataforma YouTube e após a monetização deste, recebe dinheiro de acordo com o número de visualizações, a maioria dos youtubers obtém a maior parte da sua renda, não através da monetização dos vídeos (que por sinal, não se baseia apenas no número de visualizações), mas sim através de anúncios, patrocínios, contratos publicitários e até do recebimento de produtos para avaliação, tornando se uma espécie de celebridade. Esse progresso fica muito claro quando comparamos a blogueira de anos atrás com a de hoje. Antigamente o termo se referia a pessoa que através de um blog dissertava sobre determinado assunto, atualmente o mesmo termo tornou – se profissão, inúmeras são as pessoas intituladas “blogs” que praticam tal atividade, seja com permutas ou cachês, e têm esta como sua fonte de renda.

A partir daí temos um novo olhar, o que era uma simples conta de Instagram transforma se em uma espécie de vitrine, uma loja virtual aberta 24hs, que influencia seguidores e dita tendências. Quer ver uma música virar hit nas paradas de sucesso? Basta ser plano de fundo na postagem de algum jogador como Neymar.

2.3 Da classificação dos bens digitais de acordo com sua possibilidade de sucessão

Alguns autores defendem a importância da herança digital e que a grande maioria dos dados digitais possui um valor. Oliveira um grande defensor desse entendimento, diz que o valor está dividido em valor monetário e valor emocional (2015, p.16), segundo Carroll (2010, *apud* OLIVEIRA, 2015, p 16), existem constituintes da herança digital com valor monetário que são as contas financeiras e websites que gera receitas de publicidades, os referidos autores defendem também o grande valor emocional, quer para o utilizador, quer para os seus familiares. Esta classificação é apenas para fins didáticos, conforme narra Costa Filho:

[...] classificar todos os bens armazenados virtualmente nessas duas categorias não é tarefa simples, o que pode favorecer uma visão mais abrangente de patrimônio para incluir bens de mero valor afetivo. Além disso, tal distinção pode se tornar problemática, considerando que bens virtuais de aparente valor exclusivamente afetivo podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual (COSTA FILHO, 2016, p. 209).

O autor tem a melhor visão acerca desta classificação, pois é muito subjetivo precificar aquela recordação de infância, por exemplo, o que distingue de pessoa pra pessoa; e quando esse bem tratar se de um livro, artigo científico entre outros, este pode tornar se de propriedade intelectual o que dá direito ao proprietário ao de receber por um tempo

determinado, uma espécie de recompensa pela criação o chamado bem de propriedade intelectual.

3 Direitos sucessórios e bens digitais

O direito de sucessões é parte do Direito Civil, que se incumbe de fazer a vontade do de cujus quando esta se fez declarada em forma de testamento ou normas associadas que irão designar na forma da lei como será feita a transmissão do patrimônio do falecido.

Com o surgimento desta nova modalidade patrimonial, o Direito tem função precípua de regulamentação social, progredindo de forma zelosa correlacionando princípios já existentes às novas mutações tecnológicas sociais.

Conforme o artigo 6º do CC, a existência de uma pessoa termina com a morte real ou presumida. Sucessão designa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, titularidade de determinados bens. O objetivo de uma sucessão é mudar a titularidade de um bem de uma pessoa para outra em decorrência da morte, trata-se da decorrência causa mortis. Um ramo do direito que existe devido à morte é o direito de sucessões, um acontecimento natural provocado.

3.1 Herança digital

É considerado como herança digital, todo bem virtual deixado pelo falecido. No âmbito da legislação brasileira, a morte é dada logo após a lavratura da certidão de óbito. Desta forma sendo considerada a morte real da pessoa, poderá ser aberta a sucessão de todos os bens deixados pelo de cujus.

Quando a pessoa é considerada como morta sem a localização do corpo, a Lei de Registros Públicos, Lei nº 6.015/73, permite a realização de um procedimento justificatório em juízo para atribuir o óbito, após o aceite

dessa justificação, o herdeiro terá direito em dar abertura na sucessão e adquirir e tomar posse do bem deixado.

Sendo assim, podendo dar início na sucessão pós-morte, restando frisar quais foram de fato os bens digitais deixados.

Vale ressaltar sobre a “propriedade privada”, que mediante o artigo 5º, incisos XXII e XXIV da Constituição Federal de 1988, os direitos de propriedade não serão extintos somente com a morte, deste modo não serão transmitidos somente os bens, mas também todas as obrigações decorrentes deles. O Direito de Propriedade também se encontra previsto no artigo 170, inciso II da Constituição Federal de 1988.

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:

II - propriedade privada; (BRASIL, 2021).

Se tratando da propriedade privada, Bruno Zampier Lacerda destaca a possibilidade do surgimento de adversidades na qual poderiam anular o direito do herdeiro.

[...] imagina-se o falecimento de um importante empresário que realizava, por anos, viagens semanalmente mundo afora. Sem margem de erro, esse indivíduo acumulou milhares de milhas aéreas, que podem não ter sido usadas até o fim de sua vida. Se esse ativo tem potencial econômico, podendo ser comercializado, utilizado para emissão de passagens ou mesmo compra de bens, há que se permitir sua transmissibilidade, em que pese a vedação usualmente contida nos contratos de adesão junto as companhias aéreas administradoras deste tipo de serviço. (LACERDA, 2017).

Logo, é notório que as milhas aéreas se tratam de bens digitais, restando provado que existe a possibilidade de sucessão para essa herança.

Portanto, cabe ao ordenamento jurídico garantir para a pessoa, o direito de receber a herança digital com fundamentos assegurados pela legislação.

Não somente as milhas aéreas, como também alguns outros exemplos já citados neste artigo, como e-books, aplicativos de redes sociais, mensagens, são bens passíveis de herança. Contudo, são casos evidentes que demandam de uma normatização própria, tendo em vista os direitos de privacidade, personalidade e intimidade que estão previstos no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988.

Isto posto, comprova a necessidade do amparo legal, justamente para limitar a transmissão de algum bem digital que possa violar os direitos fundamentais da pessoa, definindo assim, a sucessão da herança digital, bem como, resguardar os interesses e a dignidade do de cujus.

3.2 Testamento digital

Cada vez mais o mundo online está presente em nossas vidas, um registro de um momento importante, armazenamento de documentos e arquivos pessoais ou até mesmo fotos comuns do dia a dia, todo esse acervo e dados dos usuários têm causado relevante preocupação por parte destes, a partir do momento de seu falecimento, o que vem motivando a crescente procura do chamado Testamento Digital. Termo que não existe no ambiente jurídico nem possui resguardo legal ainda, no entanto isso não impossibilita que você dê destino certo ao seu “acúmulo digital” mediante a declaração de sua intenção através de um testamento público que tem seus requisitos elencados no artigo 1.864 do Código Civil de 2002.

Este testamento é feito no Cartório de Notas, um tipo de cartório que possui atribuições específicas irá registrar a vontade pós morte do testador, este documento será assinado pelo tabelião e duas testemunhas, e apesar de seu nome remeter a ideia de algo público, seu conteúdo somente será revelado aos herdeiros com a apresentação da certidão de

óbito. Neste pode ser definido todos os herdeiros de seus bens infungíveis e fungíveis digitais.

Outra opção é o testamento particular segundo Artigo 1.876 do Código Civil de 2002, pode ser feito até mesmo em casa e de próprio punho, desde que cumpra os requisitos para sua efetiva validação que consiste na assinatura de três testemunhas no momento de sua confecção, além do testador.

Assim, testamento digital é a ferramenta legal que o indivíduo elabora previamente, destinando todo seu patrimônio eletrônico seja fotos, vídeos, milhas, contas em redes sociais, investimentos digitais e afins; então enquanto não é possível um tipo de espólio próprio para os bens digitais essas são as melhores e válidas opções são o testamento público ou particular que englobem o acervo digital do testador. No entanto em 2019 o Deputado Federal Elias Vaz, graduado em Direito elaborou um Projeto de Lei nº 5.820 de 2019, que será objeto do tópico a seguir.

3.3 Da abertura da sucessão

Quando ocorre a morte de um titular de um patrimônio, determina a sua sucessão, indicando o momento em que a herança se transmite aos testamentários e herdeiros legítimos, a sucessão hereditária está em torno da morte (fato jurídico). Conforme o artigo 1.784 do Código Civil, aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

O direito sucessório impõe que um patrimônio de um falecido não pode restar sem um titular, sendo assim, garantindo uma continuidade das relações jurídicas, por meio de uma transferência da propriedade aos herdeiros.

Em uma abertura de uma sucessão é importante o tempo e o lugar. De acordo com a Lei no Brasil, essa sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido (artigo 1.785, C.C). Desta forma, como a sucessão se abre no último domicílio do falecido (artigo 1.785, C.C) é nesse domicílio que deve ser ajuizado o inventário (artigo 48, CPC).

O inventário é procedimento judicial ou extrajudicial que apura os bens deixados pelo de cujos. A função primordial que o inventário exerce quanto a descrição pormenorizada dos bens que integram o acervo patrimonial deixado pelo de cujos, para que as dívidas sejam satisfeitos e atendidos os herdeiros ou legatários (DINIZ, 2007 *apud* PRINZLER, 2010, p.26).

Tendo em vista que o domicílio do falecido pode ser incerto, houve por bem o legislador, outrossim, especificar a regra, no tocante ao local da abertura do inventário, fazendo-o incidir, nesse caso, no local da situação dos bens.

Prescreve, com efeito, o parágrafo único, I, do aludido art. 48 que, se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente “o foro da situação dos bens imóveis” (GONÇALVES, 2016, p. 48).

Os testamentos também são regidos pela Lei do tempo da abertura da sucessão, que são a elaboração do testamento, as suas formalidades e a capacidade para testar, sendo assim, prevalecem a lei do tempo em que é feito o testamento. “Assim, se a disposição foi válida de acordo com a lei anterior, mais a lei vigente ao tempo da morte negar-lhe validade, dever-se-á considerar como não escrita a cláusula testamentaria” (LEITE; HIRONAKA, 2003 *apud* GONÇALVES, 2016, p 41).

3.4 Cessão e sucessão dos bens digitais

Cessão; mesmo que ceder, transferência de posse ou de direito de forma temporária. Caso prático de cessão de bem digital, é quando

alugamos um filme via TV a cabo. A cessão proporciona o direito de acesso por tempo determinado, seja horas ou meses. Já a sucessão consiste na transferência de posse em sua forma permanente, seja essa sucessão na modalidade legítima, prevista em lei, ou da última vontade do falecido via testamento.

3.5 O direito de privacidade

É um direito constitucional, derivado diretamente do Direito de Personalidade, o Direito de Privacidade sofreu significativas alterações no âmbito jurídico, pois basta um clique em redes sociais ou o uso de algum aplicativo para que você forneça suas informações pessoais no limbo da internet, fomentando mapeamento comportamental e uma dezena de dados que podem ser usados ou comercializados entre provedores sem o consentimento do usuário com interesse comercial ou institucional diverso.

O Direito de imagem por sua vez tem sua previsão legal no âmbito Constitucional que tutela esse direito e o mantêm como garantia fundamental e o Código Civil que complementa de forma mais específica e dispõe ainda indenização para aqueles que utilizarem ou levar a exposição imagem de outrem:

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:

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, 2021).

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da

palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, 2021).

Nota se, portanto, a aplicação dos artigos acima de forma ampla e imprecisa por silogismo, não dispendo até então na esfera jurídica lei que tutele, defina e ampare o direito de privacidade diretamente ligado aos usuários e dados que circulam na internet pertencentes a eles.

4 Legislação brasileira e o direito de personalidade pós-morte

O Marco Civil da Internet Lei nº 12.965/2.014 é uma nítida evolução do judiciário sob influência da nova era digital; em que estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres que devem ser observados pelos provedores para o uso da Internet no Brasil; deixando de ser “terra de ninguém”, termo que já foi muito usado, pois não era possível identificação de usuários em práticas delituosas, ou tipificação de condutas em atos infracionais. Os usuários passaram a ter a garantia de que os provedores de internet, iriam proteger sua vida privada, e esta somente seria violada com prévia autorização do usuário ou mediante ordem judicial.

Como já mencionado anteriormente, porém em outro âmbito, a Lei nº 12.737 de 2.012 acrescentou ao Código Penal condutas puníveis aos chamados “crimes cibernéticos”.

Em meio a tantas inovações legais, deparamos com um direito que derivou vários outros, o Direito de Personalidade, que é amparado desde a Constituição de 88 devido sua suma importância. Partindo do significado da palavra personalidade (características que te faz pessoa, tudo que dá condições e define sua individualidade) fica fácil ter ideia do que vem a ser esse direito, e podemos defini-lo como direitos que a pessoa tem para defender o que é seu, em regra são inalienáveis como direito à vida, a

liberdade, a honra e privacidade. Portanto a personalidade cessa com a morte, contudo seu nome, honra ou imagem sobrevivem podendo ser resguardados pela família.

4.1 Necessidade de tutela jurídica

É notório afirmar que a sociedade vive em constante evolução. As pessoas, que são parte da sociedade vivem permanentemente em construção de relações que ocasionam em conflitos. E como parte solucionadora de desavenças temos o Direito que tem por objetivo regular toda e qualquer relação humana a ponto de nos distanciar das nossas formas primitivas ou instintivas, mantendo a funcionalidade e organização da sociedade. Assim, não seria diferente nas relações digitais, em que o judiciário de forma incessante e contenciosa tenta delimitar e amparar todo tipo de relação nesta era digital. A partir das recorrentes invasões á aparelhos smartphones e notebooks, contas em redes sociais e similares em 2011 o Deputado Paulo Teixeira apresentou o Projeto de Lei nº 12.737, conhecida como Lei Carolina Dieckman, que tramitou em tempo recorde no Congresso sendo sancionada em 30 de novembro de 2012, levando esse apelido popular pelo fato da própria atriz ter sido vítima de invasores a seu notebook que acessaram mensagens pessoais e divulgaram diversas fotos íntimas da atriz que mobilizou campanhas para a incriminação de tal ato.

A referida Lei tipificou diversos delitos informáticos e tornou crime a invasão de aparelhos eletrônicos para obtenção de dados particulares, o que causava sérios problemas aos usuários que tinham seus aparelhos, contas, ou aplicativos invadidos, porém com a falta de tutela jurisdicional tal ato não era punido, o que tornava o terreno digital considerado “terra de ninguém”. Apesar de ser um novo âmbito para os operadores do direito, basta algumas definições para notar a necessidade da tutela, uma vez que

tudo que circunda a vida social necessita da delimitação e assistência jurídica.

4.2 Projeto de Lei nº 5.820 de 2019

O referido projeto teve sua justificativa pautada na revolução tecnológica que a internet e suas formas de relação advindas deste poderoso meio de comunicação nos proporcionam. A justificativa faz referências aos nomeados bens digitais e evidencia o fato de o Código Civil não ter até então se adequado à realidade mutável e evolutiva das relações criadas pelos meios eletrônicos, e de forma básica traz o termo “herança digital” que vai além de objetos táteis envolvendo um agrupamento de memórias, fotos, vídeos, mensagens e todos os dados coletados através das “pegadas digitais” que são deixadas no limpo virtual.

Seus incisos trazem termos como “certificado digital” e “assinatura eletrônica”, positivando alguns dos aspectos que norteiam a Sucessão dos bens Digitais. A redação inicial deste projeto, sujeita a apreciação de forma conclusiva pelas Comissões, se deu da seguinte forma:

§1º A disposição de vontade pode ser escrita com subscrição ao final, ou ainda assinada por meio eletrônico, valendo-se de certificação digital, dispensando-se a presença de testemunhas e sempre registrando a data de efetivação do ato. (BRASIL, 2021).

Já em seu primeiro inciso traz uma novidade que é a dispensa da presença das testemunhas, validando o ato por certificação digital ou assinatura eletrônica.

§2º A disposição de vontade também pode ser gravada em sistema digital de som e imagem, devendo haver nitidez e clareza nas imagens e nos sons, existir a declaração da data de realização do ato, bem como registrar a presença de

duas testemunhas, exigidas caso exista cunho patrimonial na declaração. (BRASIL, 2021).

Dispositivo possibilita que a declaração da vontade do testador seja emitida e gravada na forma de vídeo, desde que tenha qualidade de som e imagem do ato.

§3º A mídia deverá ser gravada em formato compatível com os programas computadorizados de leitura existentes na data da efetivação do ato, contendo a declaração do interessado de que no vídeo consta seu codicilo, apresentando também sua qualificação completa e das testemunhas que acompanham o ato, caso haja necessidade da presença dessas. (BRASIL, 2021).

Os requisitos necessários caso o testamento seja no formato de vídeo, estão constantes neste inciso.

§4º Para a herança digital, entendendo-se essa como vídeos, fotos, livros, senhas de redes sociais, e outros elementos armazenados exclusivamente na rede mundial de computadores, em nuvem, o codicilo em vídeo dispensa a presença das testemunhas para sua validade. (BRASIL, 2021).

O que são considerados bens digitais, estão enumerados nesse inciso, que também dispensa mais uma vez a presença da testemunha no caso de testamento em formato de vídeo.

§5º Na gravação realizada para fim descrito neste dispositivo, todos os requisitos apresentados tem que ser cumpridos, sob pena de 3 Coordenação de Comissões Permanentes - DECOM - P_6914 CONFERE COM O ORIGINAL AUTENTICADO PL 5820/2019 nulidade do ato, devendo o interessado se expressar de modo claro e objetivo, valendo-se da fala e vernáculo Português, podendo a pessoa com deficiência utilizar também a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) ou de qualquer maneira de comunicação oficial, compatível com a limitação que apresenta. (BRASIL, 2021).

Aqui ele traz que o não preenchimento dos requisitos dos artigos anteriores, acarretará nulidade do ato, e ainda expande às pessoas com deficiência a modalidade de vídeo, podendo ser gravado em libras ou outra forma de comunicação adequada à deficiência.

Destarte, a proposta de alteração do Código intenciona aprimorar e facilitar de forma válida a declaração de vontade pós morte, aliando se as mais variadas formas tecnológicas e tutelando de maneira eficaz todos os bens sejam eles fungíveis ou infungíveis do mundo virtual.

5 A problemática sobre a identidade digital

Neste ponto, um grande problema remanesce neste trabalho. Os bens de real valor monetário como moedas virtuais, seguirão a linha sucessória determinada pelo Código Civil. Contudo apesar de ser considerada bem digital de real valor monetário as milhas de cartão de crédito são classificadas como pessoais e intrasferíveis, o que impede a cessão e até mesmo por direito sucessório assim no caso de falecimento do titular as milhas são automaticamente canceladas.

Diante de todo o exposto, o que deve ser feito com toda sua identidade digital que foi criada ao longo de seus dias quando você se for? Todas as suas “pegadas” criam uma espécie de espólio digital, e o controle legal de tudo isso não fica claro. Assim temos uma lacuna jurídica concorrente diretamente a necessidade clara de tutela.

As grandes empresas como Google, Amazon e Apple na falta de amparo legal, dispõe em seu Termo de Uso um campo em que o usuário indica quem deverá ter acesso a este material quando não se fizer mais presente. Não obstante essa configuração pelo Google, por exemplo, não é algo fácil de ser feito, além do fato de poucas pessoas saberem disso, então o mais provável é que a Google apague tudo, até mesmo porque nem tudo

são dados de uma única pessoa; normalmente são dados de alguém conectados a outra pessoa.

No caso de troca de mensagens, por exemplo, ficaria em exposição não somente as mensagens do falecido, violando assim o direito à privacidade de outro usuário. Ou seja, o contexto afeta a vida de uma pessoa viva podendo causar lhe sérios danos; como, por exemplo, um usuário falece deixando como administrador seu sobrinho que tinha o tio, militar de renome como seu ídolo.

Após vasculhar todo aquele legado digital, o sobrinho vem descobrir que seu tio tinha um caso homossexual com seu superior direto, daí fica o questionamento, seria justo com todos os envolvidos ter sua intimidade exposta? Pois no caso de mensagens pessoais temos um diálogo o que obviamente envolve duas ou mais pessoas, que uma delas pode ter optado por ter seu legado digital entregue a um terceiro, mas e a pessoa envolvida que sequer sabe que será exposta?

6. Considerações finais

Apesar dos já observados amparos legais em terreno virtual, nenhum esgota de forma clara e objetiva as controvérsias que envolvem a sucessão de bens virtuais e o antagonismo de direitos inerentes à pessoa.

Os legisladores devem voltar o olhar jurídico às mutáveis relações que a internet traz para a sociedade dia após dia, e em conluio com o direito posto, angariar novas perspectivas para futuros e possíveis conflitos provenientes de toda relação humana.

A ausência no Código Civil do assunto em tela dá margem para a não padronização das decisões proferidas por juízes e tribunais sendo estas, guiadas apenas por jurisprudências estando clara a necessidade de lei seca.

A criação de uma Lei específica beneficiará num todo, pois além de assegurar o direito do herdeiro em poder usufruir e dar continuidade no

bem deixado pelo de cujus, ela irá agilizar o processo evitando transtornos psicológicos, e até mesmo prejuízos financeiros para aqueles que se beneficiavam de alguma forma do bem deixado. Desta feita, podemos estar prestes a vivenciar mais um novo e grande marco jurídico social.

Referências

ALVES, Alvim Bragio. **Herança digital no Brasil**: a aplicabilidade do direito das sucessões sobre bens digitais. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 5.820 de 2019**. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CARROLL, E. **Digital Assets**: A Clearer Definition. 30 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.thedigitalbeyond.com/2012/01/digital-assets-a-clearer-definition/>>. Acesso em: 23 jan. 2017.

COSTA FILHO, M. A. F. **Herança digital**: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 09, 2016. Disponível em: < <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/viewFile/152/143>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. 2ª Ed. São Paulo. Editora RT, 2011, p. 92

DINIZ, M. H. **Curso de Direito Civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil brasileiro**: direito das sucessões. v. 7. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

IGNÁCIO, Laura. **Herança digital já chegou ao Brasil**. Valor Econômico, 23 dez. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/1151148/heranca-digital-ja-chegou-ao-brasil>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

LACERDA, Bruno Torquato Zampier. **Bens Digitais**. Indaiatuba: Editora Foco Jurídico, 2017.

LANDIM, Emiliano. **Bens digitais**: o novo tipo de herança que surgiu na internet. Aurum, blog da aurum, 2018. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/o-que-sao-bens-digitais/#:~:text=A%20vida%20vai%20se%20virtualizando,%2C%20milhas%20a%C3%A9reas%2C%20entre%20outros>>. Acesso em: 24 jan. 2021.

LEITE, E. O. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 21. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

OLIVEIRA, J. G. G. **Luto Digital**: Plataformas para a Gestão da Herança Digital. 2015. 116 f. Tese (Mestrado Integrado em Engenharia e Gestão de Sistemas de Informação) - Escola de Engenharia da Universidade do Minho, Braga, 2015.

OLIVEIRA, Ricardo Alexandre de. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no ordenamento jurídico**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. Vol. 998. dez. 2018.

Capítulo 16

A guarda compartilhada como forma de inibição da síndrome da alienação parental

*Fernanda Caracci Gomes Martins
Isabela Luiza da Silva Santiago
Isabela Maria Marques Thebaldi*

1 Introdução

A escolha do tema deste artigo propõe fomentar uma pesquisa qualitativa para analisar se a guarda quando aplicada na modalidade compartilhada inibe ou não a alienação parental comumente praticada por genitores em uma ruptura de sociedade conjugal, conduta está, em que o alienador poderá desencadear no menor a Síndrome da Alienação Parental - SAP.

Habitualmente quando acontece a dissolução da sociedade matrimonial haverá a questão da guarda dos filhos, e este tem sido um dos maiores motivos que provocam uma série de conflitos hoje em dia nos Tribunais brasileiros. Em um rompimento de uma relação conjugal de um laço familiar é desencadeado vários fatores emocionais como a mágoa, o sentimento de perda e dor, fazendo com que surja a partir deste momento a chamada alienação parental em relação a guarda dos filhos. E nesse contexto, conseqüentemente, é encontrado este sentimento muitas vezes por quem detém a guarda, que é a chamada Síndrome de Alienação Parental, é o momento em que a outra parte faz dos filhos instrumentos para alcançar seu objetivo por ter seu sentimento traído em relação a outra parte.

Ao decorrer deste estudo já em seu segundo capítulo será analisada a relação da guarda e o poder familiar onde serão pesquisados os direitos e

deveres dos pais em relação aos filhos. Estudo esse que tem como objetivo analisar o âmbito familiar para a consubstanciação do melhor interesse da criança e do adolescente e a efetivação da Guarda Compartilhada.

No terceiro capítulo iremos discorrer sobre a Alienação Parental: a vítima, o alienador e o alienado. Desenvolvendo-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se como apoio e base de contribuições de diversos autores sobre o assunto em questão, por meio de consulta a doutrinas e jurisprudências. Será feito uma abordagem mais aprofundada sobre as condutas em uma alienação parental, as diferenças sobre a Síndrome de Alienação Parental e a Alienação Parental e se há existência de dano moral causado por tal atitude.

Já no quarto capítulo explicaremos sobre a Lei nº 13.058/2014, que fora instituída para consolidar expressamente o tipo de guarda compartilhada de filhos de pais que romperam seus laços matrimoniais, visando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente dentro da família e evitando a Síndrome da Alienação Parental. Antes da instituição dessa lei, a guarda prevista era somente a unilateral, exclusiva ou dividida, onde aquele que tivesse melhores condições de exercer, seria deferido a guarda dos filhos. Nesta forma de guarda o responsável que detém a guarda, caberia a ele decidir individualmente sobre a criação das crianças e ao outro genitor, o direito de visitas, fiscalização e o provimento de alimentos. Porém com a consolidação da Lei nº 13.058/2014, foi estabelecido a forma de guarda compartilhada, onde os genitores passam a ter obrigações conjuntas relativas à sua prole e conseqüentemente o favorecimento ao bem-estar dos filhos.

E no quinto parágrafo, iremos analisar os dias atuais em relação a Pandemia do COVID-19 referente a situação de guarda compartilhada em tempos de pandemia para inibir a Síndrome da Alienação Parental, onde ocorre geralmente através de meios psicológicos que o genitor causa na

criança para que ela tenha um sentimento de ódio, rejeição, mágoa e algumas vezes com induções a atos praticados pelo outro genitor.

O objetivo deste artigo será de apresentar formas pelas quais a alienação parental será inibida com a introdução da Guarda Compartilhada tanto na vida dos pais e dos filhos evitando a Síndrome da Alienação Parental, e como será a trajetória social e psicológica destes envolvidos.

O mecanismo mais importante e relevante é o do vínculo afetivo para a família em que essa criança está envolvida, pois esse mesmo vínculo é o que definirá o seu lugar na sociedade, o seu desenvolvimento e a sua trajetória no próprio âmbito familiar em que se encontra.

Por fim, este estudo almeja colaborar, para a melhor compreensão do tema abordado, visto que o mesmo é de suma importância na nossa Jurisprudência e também na legislação brasileira, indicando observações doutrinárias e jurisprudenciais relevantes para os critérios que devem ser aplicados quando há confronto judicial do tema. Desta forma, com um estudo mais detalhado a respeito da guarda compartilhada, chegar-se-á uma conclusão a respeito deste tema.

2 Guarda e poder familiar: direitos e deveres dos pais em relação aos filhos

O poder familiar é o conjunto dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores, conforme previsto no artigo 1.630 do Código Civil.

Os filhos menores têm direito ao nome, sendo responsabilidade dos pais educar, criar, manter os filhos sob sua guarda, companhia e responsabilidade. Pois estes são incapazes de se sustentarem financeiramente e de administrar seus próprios bens, havendo a necessidade de que alguém responsável o faça. As obrigações e direitos

visam ao desenvolvimento dessa criança ou adolescente contribuindo para tudo que for necessário para uma vivência harmoniosa e equilibrada.

Maria Helena Diniz assim define o poder familiar:

Conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor não emancipado, exercido, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 2008, p. 537)

O poder familiar significa que dentro de uma família haja a convivência e a participação de todos, sendo fundamental a união, diálogo, compreensão e o entendimento. A guarda é uma qualidade do poder familiar. Conforme exposto o Estatuto da Criança e do Adolescente trata da igualdade de poderes entre os pais:

Art. 21: O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (BRASIL, 1990)

Antigamente, para melhor explicarmos a origem do poder familiar, o termo “pátrio poder” era dado ao pai, o chefe de família. O mesmo era responsável pelo sustento da família, tinha o direito de impor, era visto como uma espécie de autoridade, uma pessoa que todos deviam respeito e obrigações em seu seio familiar. As mulheres/esposas cuidavam dos filhos e de trabalhos domésticos, eram privadas de direitos que foram mudando ao longo dos anos.

Com a conquista da igualdade de direitos entre homens e mulheres, extinguiu a autoridade que somente era do pai, o chefe de família, e foi estabelecido o poder igualmente entre os pais no caso marido e esposa, não pertencendo o poder apenas a um deles e sim de ambos. O Código

Civil de 2002 trouxe um novo conceito de se referir a família, o chamado “poder familiar”.

Silvio Rodrigues (2002, p. 398), conceitua, como “[...] o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”, caracterizando-o como irrenunciável. O poder familiar seria a distribuição de forma igualitária dos direitos, deveres e obrigações dos pais em relação aos filhos. O artigo 1634 do Código Civil, estabelece alguns deveres que são atribuídos aos pais em relação aos filhos menores:

1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX- exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2002)

A guarda em termos jurídicos seria o ato ou efeito de resguardar o filho enquanto menor, mantendo vigilância no exercício de sua custódia e de prestar assistência necessária. Quando há uma ruptura de sociedade conjugal, os filhos menores passam a morar com o genitor que detém essa guarda. Já, nos casos de guarda compartilhada ou unilateral o poder

familiar seria de ambos os pais, pois o poder familiar decorre da relação de parentesco e não da relação que houve entre os pais, a única mudança é de quem seria a guarda unilateral.

Por fim, conforme artigo 1.634 do Código Civil, já exposto acima, os pais têm direitos e deveres para com os filhos menores, significa que em casos em que a guarda seja concedida há apenas um único genitor, não se tira daquele que não detiver a guarda o dever de amparar o menor dando toda assistência, ainda que não haja a convivência de forma habitual, exercendo assim o seu poder familiar.

3 Alienação parental

A alienação parental consiste em um tipo de influência no desenvolvimento psicológico da criança, onde se cria conflitos entre os pais e os filhos, decorrente da vida conjugal. Esse processo é desencadeado pelo genitor que não aceita o fim do matrimônio, desencadeando um processo de desmoralização do ex-companheiro, surgindo a Alienação Parental. O conceito legal da alienação parental está disposto no artigo 2º, caput, da Lei nº 12.318/2010, que define:

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. (BRASIL, 2010)

O ato de alienação parental é cometido por algum dos genitores, mas também por qualquer outra pessoa que venha deter a guarda ou vigilância da criança ou do adolescente. Contudo, a esta prática de alienar os filhos sejam elas crianças ou adolescentes pode ocorrer a chamada Síndrome da

Alienação Parental (SAP), termo este proposto pelo psicanalista infantil Richard Gardner, em 1985. A SAP é definida como um distúrbio que aparece principalmente no contexto da disputa da guarda dos filhos pelos pais, e tem como primeira manifestação uma campanha de difamação contra um dos genitores por parte da criança.

As sequelas deixadas pela alienação são devastadoras ao desenvolvimento psíquico do menor, podendo causar, depressão, agressividade, ansiedade, incapacidade de adaptação ao convívio em sociedade dentre outros. Assim, ao se detectar e tiver indícios de prática de Alienação Parental, pelo genitor vítima, este poderá buscar o órgão judiciário e as autoridades competentes Ministério Público ou mesmo de ofício, para que determinem por meios de perícia psicológica ou biopsicossocial provisoriamente as medidas processuais previstas em lei e se for comprovada a Alienação Parental, conforme o artigo 6º, o juiz poderá:

- I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
- II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
- III - estipular multa ao alienador;
- IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
- V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
- VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
- VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único: Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010).

Sanções estas previstas em lei que podem ocorrer através de ação autônoma ou em processos que já estão em discussão relacionado aos filhos como: alimentos, guarda, visitas e divórcio. O assunto é de suma importância, pois a presença dos seus genitores na vida dos filhos é essencial para um crescimento e desenvolvimento saudável das crianças. O rompimento do laço matrimonial tem acontecido com maior frequência nos dias atuais, e as visitas que na maioria das vezes são periódicas, acabam se tornando insuficientes para uma participação cotidiana com a sua prole.

3.1 Alienação parental: vítima, alienador e alienado

Em se tratando de alienação parental o alienador é aquele que detém a guarda da criança ou adolescente, ou seja, pode ser tanto os genitores ou qualquer outra pessoa responsável pelo menor, sejam eles, parentes mais próximos como: avós, tios, irmãos, como se refere o artigo 2º caput da Lei nº 12.318/2010. No caso o alienador desencadeia uma função de influenciar e manipular os filhos de maneira negativa para que sintam sentimentos de ódio para com o genitor vítima.

Em relação aos alienados neste contexto familiar são as crianças e/ou adolescentes que também são considerados como vítimas, uma vez que, são iludidas e manipuladas pelo alienador, de forma que através dessas enganações passam a criar falsas memórias no que se refere a relação com o outro genitor, não conseguindo distinguir o que seja verdade ou mentira. As crianças são as verdadeiras vítimas de adultos que usam da alienação para prejudicar seu desenvolvimento social criando barreiras com o outro genitor, pois não têm consciência do verdadeiro prejuízo que a vida irá proporcionar ao longo do tempo como o desequilíbrio do seu crescimento mental e social.

De acordo com a Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010) em seu 3º artigo, ao praticar a alienação já se considera como descumprimento de deveres daqueles que detém autoridade da guarda, no qual já pode vir a ser constituído o abuso moral, no qual iremos discutir a respeito deste mesmo artigo em capítulos posteriores.

O cônjuge que não detém a guarda dos filhos, também são considerados vítimas. Pois, o seu vínculo seja paterno ou materno são quebrados de maneira brusca, pois seus próprios filhos são levados a acreditar em falsas verdades sobre a sua pessoa, onde a partir daí se cria o distanciamento e a quebra na relação de pais e filhos. O genitor vítima acaba sendo isolado e impedido de exercer o seu papel de pai ou mãe e de cumprir suas responsabilidades para com os filhos.

3.2 As diferentes condutas de alienação parental

A conduta de alienação vem com a dissolução do laço matrimonial, ela é cometida por um dos genitores ou por qualquer outra pessoa que detenha a guarda ou vigilância da criança ou adolescente que esteja sob sua responsabilidade. Conforme a Lei nº 12.318/2010, tais condutas de Alienação Parental estão descritas no artigo 2º, em seu parágrafo único e demais incisos:

Artigo 2º - Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

- I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II - dificultar o exercício da autoridade parental;
- III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Os efeitos emocionais e as condutas comportamentais tem um impacto muito importante no desenvolvimento da criança ou do adolescente causados pela Síndrome de Alienação Parental (SAP). Assim, define sobre as condutas de uma prática de alienação parental, Maria Berenice Dias que:

O filho é convencido da existência de um fato e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Nem sempre a criança consegue discernir que está sendo manipulada e acaba acreditando naquilo que lhes foi dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem a mãe consegue distinguir a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, falsas memórias. (DIAS, 2006)

Infelizmente, isso é muito comum nos dias atuais, pois houve um aumento considerável de matrimônios desfeitos e a não aceitação desse término conjugal. Contudo, também houve o crescimento no que configura a alienação parental por parte de um dos genitores, avós ou até mesmo aquele que detém a guarda da criança ou adolescente ao induzir e repudiar um dos genitores, causando sérios transtornos psicológicos na criança como sentimento de culpa, angústia, depressão, ansiedade, medos e dificuldade de aprendizagem.

3.3 Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental - SAP

A Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP), são consideradas como complemento uma da outra, não se confundindo, portanto, há diferenças em seus conceitos. Com o rompimento conjugal, o genitor que se sente afetado emocionalmente pode gerar uma vontade voluntária ou não de se vingar do outro genitor, utilizando os filhos como meio para realização de tal vingança.

Na alienação parental ocorre a desmoralização da figura do genitor que não tem a guarda da sua prole, o alienador manipula, difama, iludir e criam histórias para os filhos de maneira que eles passam a enxergar o genitor alienado como uma pessoa horrível, evitando assim o convívio, o que ocasiona no terrível afastamento e possivelmente a inexistência da relação entre eles. Define-se a Alienação Parental, conforme a Lei nº 12.318/2010, artigo 2º em seu caput:

A interferência na formação psicológica da criança ou adolescente, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

Já a Síndrome da Alienação Parental, trata-se do resultado da alienação parental, o lado emocional e psíquico da criança ou do adolescente são os mais afetados, causando prejuízos ao seu desenvolvimento mental e até mesmo social. Na distinção e ensinamento de Priscila Maria Pereira Corrêa da Fonseca (apud ARAÚJO, 2013), síndrome da alienação parental e a alienação parental não se confunde, pois aquela decorre desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, mais comumente o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas

emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.

Nesse sentido, a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP), o processo se inicia no momento em que há a desmoralização da imagem de um dos genitores que no caso se torna vítima, bem como a implantação de falsas memórias, histórias e difamações em realidades distorcidas por parte do genitor ou o responsável que detém a guarda, ou seja, o alienador no caso chamamos de (Alienação Parental), onde conseqüentemente teremos o resultado. Resultados estes que chamamos de Síndrome da Alienação Parental – SAP, onde neste momento são observados a existência de sequelas psíquicas e emocionais dessas crianças e/ou adolescentes que passam a adotar comportamentos indiferentes para com o genitor vítima.

Contudo, ao se detectar essas sequelas emocionais devido a alienação por parte do detentor da guarda do menor, elas podem ser corrigidas através da reaproximação dos filhos com estes genitores que foram vítimas, bem como a relação de respeito mútuo entre os próprios genitores, passando assim uma imagem de conforto e segurança para os filhos e claro priorizando o melhor interesse desses menores, pois em todo relacionamento que tenham filhos e há a dissolução do matrimônio o certo é que ambos os genitores participarem da criação da sua prole.

3.4 Dano moral em caso de alienação parental

Em relação a temática da alienação parental e o dano moral, nos faz refletir sobre o induzimento de falsas memórias e acusações por parte do alienador genitor ou responsável ao alienado, uma vez que o menor, acreditará apenas no que escuta e se baseará suas relações de modo que ficará completamente sem referências familiares e gerará uma pessoa desconfiada nas relações interpessoais futuras e distante do pai ou mãe

vítima da alienação. Pensando neste quesito, caberá danos morais ao alienado vítima, devido ao distanciamento gerado pelo alienador parental? Diante disso, abaixo será analisada a aplicabilidade do dano moral no caso de alienação parental. Conforme disposto no artigo 3º da lei 12.318/2010, fica estabelecido que o ato de alienação constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente.

Nesse contexto, o genitor vítima que não detém a guarda dos filhos, busca uma reparação pelo dano sofrido através da indenização por dano moral, pois busca o ressarcimento de forma pecuniária pelo dano ocasionado aos seus direitos de personalidade e integridade. Assim, o autor Carlos Roberto Gonçalves conceitua-o da seguinte forma:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONÇALVES, 2009, p. 359).

O dano moral vem sendo sempre discutido pela sociedade, há uma busca sobre suas peculiaridades para sua aplicação quando há a comprovação da alienação parental. Diante deste contexto foi analisado o recurso de apelação nº 0827299-18.2014.8.12.0001, julgado improcedente pela 1ª Câmara Cível do MS, que de forma cabal o autor não demonstrou o efetivo dano sofrido, e não teve provas suficientes para a decretação do dever de reparação por parte do réu, onde a genitora foi acusada pelo genitor de alienação parental em relação a filha, trazendo grandes prejuízos a menor em relação ao relacionamento com a sua genitora e danos morais a mãe pelo sofrimento causado, no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). A decisão é a seguinte:

Ementa - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM RELAÇÃO À GENITORA - PRESCRIÇÃO AFASTADA - MATÉRIA PRECLUSA - EX-MARIDO QUE REALIZOU VÁRIOS BOLETINS DE OCORRÊNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONTRA A GENITORA - PROVAS CONTUNDENTES NOS AUTOS - DANOS CAUSADOS À GENITORA E À FILHA - QUANTUM INDENIZATÓRIO - FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) - INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - APELO PROVIDO. A prescrição foi matéria objeto de decisão saneadora nos autos do processo, contra a qual não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, de modo que se operou a preclusão consumativa quanto a tal ponto, não cabendo mais ao magistrado pronunciar-se quanto ao tema em nenhum grau de jurisdição, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Verificada a prática de atos de alienação parental pelo apelado, os quais geraram prejuízos de grande monta a filha e danos morais à sua genitora, verificam-se os danos morais. In casu, tem-se que R\$ 50.000,00 constitui "quantum" capaz de compensar os efeitos do prejuízo moral sofrido, bem como de inibir que o requerido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Prescrição afastada. Recurso provido. (TJ-MS - AC: 08272991820148120001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018).

Em nosso ordenamento jurídico, com fulcro nos artigos 186, 187 e 927 do nosso Código Civil, deixa-se muito evidente o dever de indenização quando se age de forma a causar danos a outrem. Portanto, ao se comprovar indícios e a prática de alienação em relação aos filhos menores, consequentemente o genitor alienado é prejudicado moralmente, onde tem sua imagem negativa perante a sociedade e em relação ao seu filho.

Portanto, o filho traz consigo uma imagem negativa do genitor vítima, em decorrência de toda prática de alienação implantada repetidamente em sua mente e no seu desenvolvimento com falsas memórias, utilizada por quem detém a sua guarda. Assim, conforme o entendimento de Yussef Said Cahali (1998, p. 396), dano moral é “tudo

aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado”.

Há grande divergências em opiniões doutrinárias quanto ao objetivo da sanção se haverá aplicação ou não. Conforme recurso de Apelação Cível, abaixo analisado de número 1.0518.15.016940-8/002, pelo Relator: Des. Oliveira Firmo, da 7ª CÂMARA CÍVEL, não coube danos morais indenizáveis, pois foi considerado que não houve nexo de causalidade, entre a perda de chance de conviver com o filho, pois o pai permaneceu omissos em relação a visitas ao mesmo, não havendo também o comprometimento da imagem do pai para o filho em relação a genitora e não se comprovando a alienação parental.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - PROCESSUAL CIVIL - JULGAMENTO - VÍCIO: SENTENÇA ULTRA PETITA - ADEQUAÇÃO. 1. Julga fora do pedido a sentença que não se atém ao objeto da lide, regularmente modificado em emenda à inicial. 2. O vício de julgamento ultra petita é sanável mediante expurgo do capítulo da sentença que julga além do pedido. APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - PARTILHA - REGIME DE BENS - CONVENÇÃO: INEXISTENTE - COMUNHÃO PARCIAL - VEÍCULO: PROPRIEDADE: REGISTRO NO ÓRGÃO DE TRÂNSITO: NATUREZA ADMINISTRATIVA. 1. Na união estável sem convenção em contrário, o patrimônio partilhável entre os companheiros submete-se ao regime da comunhão parcial de bens. 2. Partilha-se entre os conviventes o veículo adquirido na constância do relacionamento, ainda que terceiro seja titular do registro perante o órgão de trânsito, pois o ato de natureza meramente administrativa é mero indício probatório, que não prevalece se em contrariedade com outros elementos dos autos.

APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO CIVIL - FAMÍLIA - UNIÃO ESTÁVEL - ALIMENTOS - PENSÃO - CAPACIDADE DO ALIMENTANTE - NECESSIDADE DO ALIMENTADO - PROPORCIONALIDADE. Majora-se o valor dos alimentos

se desproporcionais à relação entre a capacidade econômica do apelante e a necessidade do alimentante. - GUARDA COMPARTILHADA - MEDIDA PROTETIVA: LEI MARIA DA PENHA - INVIABILIDADE - INDENIZAÇÃO - PERDA DE UMA CHANCE - ORDEM JUDICIAL - OMISSÃO - DANO MORAL - FIGURA PATERNA: NÃO COMPROMETIMENTO - DANO MATERIAL - RECEBIMENTO DE ALUGUEL: TERCEIRO: NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Medida protetiva que proíbe a comunicação entre o pai e a mãe, deferida com base na Lei Maria da Penha, inviabiliza o compartilhamento da guarda do filho, que pressupõe o diálogo entre os guardiões. 2. A resistência injustificada e reiterada à visitação do filho pelo pai caracteriza ato de alienação parental tipificado no art. 2º, III e IV, da Lei nº 12.318/2010. 3. Não há nexo de causalidade entre a perda da chance de conviver com o filho se o pai, podendo fazer prevalecer a ordem judicial de visita, concedida em seu favor, permanece omissa. 4. Se a alienação parental não comprometeu a imagem da figura paterna, não há dano moral indenizável. 5. Recibos de pagamento emitidos por terceiros descaracterizam o nexo de causalidade entre o prejuízo material alegado pelo requerente e a conduta da parte requerida. (TJMG - Apelação Cível 1.0518.15.016940-8/002, Relator(a): Des.(a) Oliveira Firmo, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/10/2017, publicação da súmula em 14/11/2017).

Diante do que foi exposto neste estudo, em nossa opinião não resta dúvida de que existe a possibilidade do alienador responder civilmente por seus atos, de acordo com a legislação que deixa claro em seu artigo 3º da lei 12.318/2010, pois não se trata de um mero aborrecimento, o genitor e o filho foram vítimas no caso de comprovação da alienação parental, constitui abuso moral, devendo assim indenizar os que foram vítimas de tal ato de alienação, pois esses sofreram danos imensuráveis à sua dignidade, às vezes até irreversíveis psicologicamente. Assim, com as palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Hoje, está solidamente assentada a ampla e unitária teoria da reparação de todo e qualquer dano civil, ocorra ele no plano do patrimônio ou na esfera da personalidade da vítima. Há de indenizar o ofendido todo aquele que cause um

mal injusto a outrem, pouco importando a natureza da lesão. (JÚNIOR, 2010, p.6)

O genitor deve sim participar da vida e do crescimento do filho, não se fala em faculdade em “deixar” ou “não deixar” de compartilhar de momentos da vida dos seus filhos, pois se trata de um dever por parte deste genitor que também é guardião.

4 A Lei da Guarda Compartilhada (Lei 13.058/2014) como forma de evitar a alienação parental

Conforme já exposto em alguns capítulos anteriores à Lei nº. 13.058/2014, foi instituída para consolidar expressamente o tipo de guarda, onde visa o melhor interesse da criança ou do adolescente em situação que os genitores romperam seus laços matrimoniais, evitando assim a Síndrome da Alienação Parental - SAP.

Antes da instituição dessa lei, a guarda prevista era somente a unilateral, exclusiva ou dividida, onde aquele que tivesse melhores condições de exercer, seria deferido a guarda dos filhos. Nesta forma de guarda o responsável que detém a guarda, caberia a ele decidir individualmente sobre a criação das crianças e ao outro genitor, o direito de visitas, fiscalização e o provimento de alimentos. Porém com a consolidação da Lei nº 13.058/2014, foi estabelecido a forma de guarda compartilhada, onde os genitores passam a ter obrigações conjuntas relativas à sua prole e conseqüentemente o favorecimento ao bem-estar dos filhos.

Normalmente quando acontece a dissolução da sociedade conjugal haverá a questão da guarda dos filhos, e este tem sido um dos maiores motivos que provocam uma série de conflitos hoje em dia nos Tribunais brasileiros. Em um rompimento de uma relação matrimonial de um laço familiar é desencadeado vários fatores emocionais como a mágoa, o

sentimento de perda e de dor, fazendo com que surja a partir deste momento a chamada alienação parental em relação aos filhos. E nesse contexto, conseqüentemente, é encontrado este sentimento muitas vezes por quem detém a guarda, que é a chamada Síndrome de Alienação Parental, é o momento em que a outra parte faz dos filhos instrumentos para alcançar seu objetivo por ter seu sentimento traído em relação a parte contrária.

A Síndrome da Alienação Parental ocorre geralmente através de meios psicológicos que o genitor causa na criança para que ela tenha um sentimento de ódio, rejeição, mágoa e algumas vezes com induções a atos praticados pelo outro genitor.

A Guarda Compartilhada foi uma das maneiras encontradas para tentar inibir a alienação parental, que é muito frequente nas famílias que sofreram o rompimento matrimonial. Esse tipo de guarda é muito importante para o desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois os interesses desses filhos devem ser sempre priorizados no momento da dissolução do casamento, uma vez que, o trauma maior recai sempre sobre eles que têm suas estruturas emocionais e psíquicas abaladas devido o rompimento desse vínculo familiar.

Com a frequente convivência dos filhos com ambos os pais dificulta também a prática da alienação parental por parte daquele genitor detentor da guarda, como diz Fogiatto e Silva (apud FONTELES, 2014), ao aduzirem que a vivência cotidiana na guarda compartilhada impossibilita que a criança receba influência negativa e manipulações daquele genitor que exerce poder exclusivo sobre o menor, assegurando a este uma sedimentação de seus sentimentos.

Quando a relação entre os pais depois de ocorrido o divórcio se baseia na falta de diálogo e o bom senso, acaba que prejudica a convivência familiar com os filhos, assim como atrapalha também as decisões futuras

em relação a criação dos filhos uma vez que decretada a guarda compartilhada ambos os genitores têm responsabilidade igualitária sobre os filhos.

A partir do momento em que relação entre os genitores pós separação é de respeito mútuo e de bastante diálogo além de facilitar no momento de tomar decisões sobre a criação dos filhos, facilita também no desenvolvimento psíquico e emocional das crianças, uma vez que, elas passam a se sentir seguras tendo um ambiente familiar equilibrado.

A guarda compartilhada é de suma importância, facilita no momento das decisões que serão tomadas sobre a criação bem como no desenvolvimento dessas crianças e/ou adolescentes, além do fato de que a obrigação em relação aos alimentos não recai apenas em um dos genitores, pois como já dito a responsabilidade perante a vida dos filhos é de forma igualitária, evitando assim a criação de novos conflitos e demais transtornos emocionais tanto para os filhos quanto para os genitores.

5 A guarda compartilhada em tempos de pandemia

O artigo 1.853 do Código Civil Brasileiro descreve que, “na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos”. Conforme situação mundial, estamos em situação de pandemia devido ao COVID-19, pois trata-se de um vírus no qual ameaça simultaneamente muitas pessoas pelo mundo, devido ao seu alto índice de transmissão e contágio. Logo, foram implantadas medidas de proteção a todos e indiretamente foram feitas mudanças nas questões de guarda compartilhada, mas sempre visando o melhor interesse e bem-estar dos filhos menores.

Devido a esse contexto atual e que já se prolonga desde o ano passado com uma das medidas de proteção que é o isolamento social, para que se

possa evitar a transmissão do vírus no qual é altamente contagioso, é necessário que os pais usem o bom senso e visem o melhor interesse do menor para definir uma convivência equilibrada com os filhos. Cabe também aos magistrados, serem bastante criteriosos, quando não há acordo consensual entre os responsáveis pela guarda dos filhos, ao analisarem os casos que possa existir risco de contágio. E também O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), publicou uma recomendação em 25 de março de 2020, sobre a questão da Guarda Compartilhada:

18 - Recomenda-se que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência - previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. (BRASIL, 2020).

Com todo esse contexto, enquanto os pais estiverem longe de seus filhos, os mesmos têm o dever de exercer o direito de manter uma convivência harmoniosa e equilibrada com sua prole, através de telefone e por meios de plataformas de redes virtuais, para que se possa cumprir com o que está escrito no referido artigo 1.853 do nosso Código Civil. E conforme orientação do Conanda, caso um dos responsáveis ter sido exposto à situação de risco, é recomendado isolamento pelo período de 15 (quinze) dias.

De toda forma, todo caso sempre tem que prezar o melhor interesse da criança e/ou adolescente, independente de tudo os pais devem ser extremamente responsáveis em todos os casos que envolvam os seus filhos.

6. Considerações finais

Este presente artigo propõe fomentar uma pesquisa qualitativa para analisar se a guarda quando aplicada na modalidade compartilhada inibe ou não a alienação parental praticada pelos genitores em uma ruptura de sociedade conjugal, conduta esta, que pode acarretar a denominada Síndrome da Alienação Parental (SAP) nos filhos menores.

A separação conjugal nem sempre é amigável e devido aos conflitos já existentes o genitor detentor da guarda desenvolve um sentimento de ódio, vingança contra o outro genitor, utilizando os filhos como instrumento para atingir o ex-cônjuge, mesmo que às custas do desenvolvimento emocional e psíquico do menor.

Sabe-se que a alienação parental e a Síndrome da Alienação Parental (SAP) em seus conceitos não se confundem, porém elas se completam, de forma que uma ocorre em decorrência da existência da outra. A alienação parental é o início do processo, onde o genitor que detém da guarda manipula os filhos contra o ex-cônjuge, essa manipulação gera sequelas emocionais nesses menores ocasionando assim a Síndrome da Alienação Parental (SAP) que é o resultado da alienação.

Confirmada a Síndrome da Alienação Parental (SAP), o que se espera é uma punição para o alienador, neste contexto foi criada a Lei da Alienação Parental nº 12.318/2010 que determina que, em casos que ocorra a alienação, o genitor alienador poderá ser advertido, pagará multa, ser designado acompanhamento psicológico e, em casos de maus tratos e abuso, prevê a adoção de medidas mais drásticas, como alteração, inversão da guarda e até mesmo a suspensão ou destituição do poder familiar.

A indenização por dano moral em favor do genitor vítima também é uma forma de punição para o alienador, uma vez que, este deve responder

civilmente pelos atos praticados devido a desmoralização da índole e da imagem do ex-cônjuge perante os filhos, bem como o desgaste emocional gerado pelo afastamento indevido.

Por isso é de suma importância a modalidade de guarda compartilhada, pois, ela pode ser usada como um meio para inibir a alienação parental, como uma forma para que os pais de maneira igualitária possam participar na educação, evolução e desenvolvimento das crianças e adolescentes, colocando acima de qualquer questão entre eles o melhor interesse dos filhos, criando para eles um ambiente de respeito mútuo, segurança e de muito amor e carinho.

Por fim, a pesquisa que fora desenvolvida colabora para a melhor compreensão do tema abordado, visto que este é de suma importância na nossa Jurisprudência e também na legislação nacional, apontando também novas perspectivas da guarda compartilhada perante o momento em que se encontra o mundo atual devido a situação da COVID-19, indicando observações doutrinárias e jurisprudenciais relevantes para os critérios que devem ser aplicados quando do confronto judicial do tema.

Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: **um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

AKEL, Ana Carolina Silveira. Guarda Compartilhada: **um avanço para a Família**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

ÂNGELO, Tiago. Sem marco legal para guarda dos filhos na epidemia, pais devem priorizar acordos. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/fica-guarda-compartilhada-tempos-coronavirus>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

ARAÚJO, Ynderlle Marta de. **A alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro.**

IBDFAM, 2013. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/876/A+Aliena%C3%A7%C3%A3o+Parental+no+Ordenamento+Jur%C3%ADdico+Brasileiro>>. Acesso em: 23 abr. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente** (Lei nº 8089/1990. Vade Mecum Saraiva. Ed. Saraiva, 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 2002 (Código Civil)**. Brasília, DF. 2002.

BRASIL. Lei 13.058/2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. **Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Lei 11.698/2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm>. Acesso em: 10 out. 2020.

BRASIL. Ministério Público do Paraná. **COVID-19 – Conanda emitiu orientações gerais para a proteção de crianças e adolescentes**. Subtítulo: Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19. Ministério Público do Paraná, 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/2020/03/246/COVID-19-Conanda-emitiu-orientacoes-gerais-para-a-protecao-de-criancas-e-adolescentes.html>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998, 2ª edição.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias**. 9 Ed. São Paulo: RT, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Síndrome da alienação parental, o que é isso**. Migalhas, 2006.

Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/26732/sindrome-da-alienacao--parental--o-que-e-isso>>. Acesso em: 08 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice; RIBEIRO, Raquel; SILVA, Evandro Luiz; RESENDE, Mário; MOTA,

Maria Antonieta Pisano; CARNEIRO, Terezinha Féres; VALENTE, Maria Luiza C. da Silva; SIMÃO; Rosana Barbosa Cipriano. **Síndrome da Alienação Parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos**. IBDFAM, 2011.

Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/publicacoes/livros/detalhes/152/S%C3%ADndrome%20da%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental%20e%20A%20Tirania%20do%20Guardi%C3%A3o%20-%20Aspectos%20Psicol%C3%B3gicos,%20Sociais%20e%20Jur%C3%ADdicos#:~:text=A%20S%C3%ADndrome%20e%20Aliena%C3%A7%C3%A3o%20Parental,e%20inaceit%C3%A1vel%20com%20inocentes%20crian%C3%A7as>>. Acesso em: 20 mar. 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DORIA, Isabel. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. IBDFAM,

2020. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19>>. Acesso em: 10 out. 2020.

FIUZA, César. **Direito Civil Curso Completo**. Belo Horizonte. Del Rey, 2004.

FONTELES, Celina Tamara Alves. **A guarda compartilhada um instrumento para inibir**

a síndrome da alienação parental. Jus Navigandi, 2014. Disponível em:

<<https://jus.com.br/artigos/27631/a-guarda-compartilhada-um-instrumento-para-inibir-a-sindrome-da-alienacao-parental/2>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

GARDNER, Richard. **O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)**. Síndrome da Alienação Parental, 2002. Disponível em:

<<https://sites.google.com/site/alienacaoparental/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LACERDA, Paula. **O que muda na guarda compartilhada dos filhos de casais separados durante a pandemia.** O Globo, 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus-servico/coronavirus-que-muda-na-guarda-compartilhada-dos-filhos-de-casais-separados-durante-pandemia-1-24350182>>. Acesso em 11 out. 2020.

LEITE, Eduardo Oliveira. **Famílias Monoparentais: A Situação Jurídica de Pais e Mães Separados e dos Filhos na Ruptura da Vida Conjugal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. **Guarda Compartilhada. Uma solução possível.** Revista Literária do Direito, 1996.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** volume 6. 27ª ed. atual. por Francisco José Cahali, com anotações ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10.1.2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome da Alienação Parental:** O que é isso? 2. Ed. São Paulo: Armazém do Ipê, 2011.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. Alienação parental: sob a perspectiva do direito à SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental: sob a perspectiva do direito à convivência familiar.** Leme: Mundo Jurídico, 2014

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral.** 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010

VAREJÃO, Joanna. **Síndrome da alienação parental – como constatar e como intervir perante o alienador.** Subtítulo: Possibilidade de indenização por danos morais em face do alienador - Problemática da Lei 12.318/2010. Jus Brasil, 2010. Disponível em: <<https://joannavarejao.jusbrasil.com.br/artigos/300493077/sindrome-de-alienacao-parental-como-constatar-e-como-intervir-perante-o-alienador>>. Acesso em: 23 mar. 2021.

VENOSA, Silvio Salvo. **Direito Civil - Vol. 5 - Família,** 17ª edição. Atlas, 11/2016.

Capítulo 17

Crescimento das facções criminosas nos presídios e a sua relação com a reincidência criminal

*Bruno Damacena Peneda
Luisa Oliveira e Silva
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

O Brasil é o país com uma das maiores populações carcerárias do mundo. De acordo com dados do Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça o número de presos atualmente no país ultrapassa os 800 mil detentos e quase a metade são de detentos provisórios que aguardam por longo período de tempo para serem condenados. Vale ressaltar que ainda há cerca de 360 mil mandados de prisão a serem cumpridos englobando nesse montante quase totalidade de pessoas foragidas da justiça.

Se torna evidente, ao demonstrar os números relacionados ao crescimento da população carcerária e o auto índice de reincidência, que os recursos financeiros gastos pelo governo na manutenção dos presídios, oriundos do Fundo Penitenciário Nacional e Estadual, bem como todo o modelo de execução de pena tem, de certa forma, sido em vão, tornado necessário que seja repensada a forma como esses recursos estão sendo alocados para que e o cumprimento de pena no país passe a atingir seus fins propostos.

O Estado encontra um grande problema a ser resolvido e que deve ser solucionado o quanto antes para que não fuja ainda mais do controle. Desta forma, algumas indagações restam formadas: o que pode ser feito para a redução dos gastos e melhoria na eficácia das penas privativas de

liberdade? Como estruturar um sistema em que o preso possa realmente se reabilitar? Como evitar o surgimento e crescimento de facções criminosas dentro das unidades penitenciárias? E ainda, como reduzir os índices de criminalidade no país?

O presente estudo se justifica em decorrência do alto índice de reincidência criminal no país e pelo domínio, cada vez mais crescente, do crime organizado. O crescimento, tanto dos índices de reincidência quanto da atuação do crime organizado ao longo dos anos demonstra haver algo de errado e ineficiente no sistema carcerário brasileiro, bem como na execução penal adotada em nosso ordenamento pátrio.

Nota-se que é de extrema importância que a sociedade em conjunto com o Estado discuta soluções eficazes para a solução do problema das unidades prisionais e da reabilitação dos presos, buscando exemplos de países que conseguiram reduzir os índices criminais e incorporando esses exemplos a nossa realidade cultural.

Com base no argumento central desta pesquisa, registre-se que a falta de políticas públicas direcionadas à criação de novas oportunidades de trabalho aos ex-detentos acaba influenciando no número crescente de reincidência. Nesse sentido, o Estado deve criar políticas públicas que gerem incentivos as empresas privadas para que possam dar oportunidades de trabalho aos ex-detentos recebendo em troca por exemplo, isenções fiscais, até que se quebre o preconceito existente em nossa sociedade e fazendo com que isso, de forma reflexa, reduza os casos de reincidência criminal. Além disso, a falta de investimento por parte do Estado em pontos estratégicos para a ressocialização do detento, como em cursos profissionalizantes e o próprio trabalho do preso durante o período em que se encontra encarcerado corroboram para a diminuição das oportunidades de reabilitação.

Se constata também, que a superlotação em cadeias precárias, o excesso de tempo ocioso e o acesso a telefones celulares e conseqüentemente ao mundo externo, acaba por criar um ambiente favorável ao crescimento e desenvolvimento do crime organizado e de suas atividades ilegais, devendo-se adotar medidas mais rigorosas de fiscalização e realizar uma reestruturação em grande maioria das unidades penitenciárias.

Por último, mas não menos importante, observa-se que a solução geral do problema criminal tem como raiz a desigualdade social, uma vez que reduzida, acabará por reduzir o número de pessoas que buscam no crime, a solução para a falta de oportunidade. Cabe ressaltar que a redução das desigualdades sociais, por si só, não resolve todo o problema, mas contribui com uma parcela significativa para a solução.

2 Penas privativas de liberdade

As penas impostas aos infratores das leis penais evoluíram com o passar dos anos, saindo de castigos desumanos, como trabalhos forçados, mutilação e até mesmo a morte, para penas mais humanizadas direcionadas não somente à punição do infrator, mas também visando principalmente sua regeneração e posterior ressocialização.

Decorrente dessa evolução, e com a mudança de sentido das sanções, por volta do século XVI, iniciam-se movimentos para construção de prisões organizadas, para que pudessem ser colocadas em prática as penas privativas de liberdade, em lugar das penas degradantes utilizadas até então.

Na atualidade, graças as mudanças ocorridas nas sociedades, surgiram outros meios de punição além das penas restritivas de liberdade, como é o caso das penas restritivas de direitos, que foram uma inovação trazida pela reforma penal de 1.984. Ainda assim, o meio que se tem

atualmente com maior utilização para reeducação e responsabilização do apenado, que possua penas de longa duração e que são considerados de extrema periculosidade para a população, é a pena restritiva de liberdade. Trataremos adiante, mais especificamente dos motivos, das funções e da eficácia das penas privativas de liberdade na atualidade.

2.1 O objetivo das penas privativas de liberdade

O Direito Penal, como um conjunto de normas jurídicas, de valorações e princípios que visam tutelar os bens jurídicos considerados essenciais e mais importantes para sociedade, determina além de condutas proibidas, permitidas e obrigatória, as respectivas sanções no caso de não observância do mandamento normativo. Trata-se de um poder punitivo organizado, exclusivo do Estado, e, portanto, que goza de certas prerrogativas.

Com objetivo de limitar as ações dos indivíduos, e proteger os bens jurídicos considerados importantes para sociedade, são criadas leis que estão ligadas a sanções para que aquelas sejam respeitadas. “As leis são condições sob as quais homens independentes e isolados se uniram em sociedades, cansados de viver em contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade inútil pela incerteza de sua conservação.” (BECCARIA, 2000, p. 41).

Dentre as inúmeras sanções, previstas no Código Penal dos artigos 32 ao artigo 95, encontramos, dentre outras, as penas privativas de liberdade, decorrentes da evolução da organização das sociedades humanas e de pensamento nos séculos.

Sabe-se que alguns bens jurídicos, devido seu alto valor social, merecem maior proteção por parte do Direito Penal, e sua violação, por consequência, devem ser sancionadas com as penas mais duras oriundas do Estado. Então, se faz necessário por vezes, que indivíduos infratores,

sejam aprisionados, e tenham seu direito de ir e vir restringido por certo período de tempo, com a finalidade de que possam, além de repensar sobre o crime cometido, que se ressocializem e retornem para o convívio social sem que levem perigo aos cidadãos.

Na antiguidade, a restrição de liberdade era utilizada apenas para manter o infrator sob custódia, até que pudesse receber a punição, propriamente dita. Vale ressaltar, que assim como o Direito Penal é tido como *última ratio*, as penas privativas de liberdade só devem ser aplicadas em último caso, onde as penas alternativas, como a restritiva de direitos e a pena de multa, não se demonstrarem suficientes aos seus objetivos sancionadores. Esse, é o chamado princípio da intervenção mínima.

Deve-se ter em vista, o sistema de aprisionamento dos infratores, não meramente como simbologia de justiça, ou apenas reflexo do clamor popular, mas sim como uma ferramenta, que seja utilizada em situações restritas e que não possam ser abonadas por nenhuma outra modalidade de sanção, sempre respeitando aos direitos e garantias individuais e os princípios constitucionais.

Existem, atualmente três correntes que buscam definir o objetivo das penas privativas de liberdade, sendo elas as teorias absolutistas ou retributivas, as teorias relativas ou preventivas e as teorias mistas ou unificadoras.

Para as teorias absolutistas ou retributivas, a pena é um mal em retribuição ao mal causado pelo infrator através de seu delito. As teorias relativas ou preventivas, dizem que a pena não é apenas para retribuir o mal causado pelo infrator, mas também, impedir que ocorra a ação delituosa, através da ameaça da pena em caso de cometimento do delito e ainda, posteriormente, do cumprimento dessa ameaça. Entende-se por ela, que o indivíduo, dotado de razão, se absteria de cometer delitos, sabendo que seria sancionado e perderia sua liberdade por tal.

Por fim, as teorias mistas ou unificadoras, mais atualizadas, buscam unificar em um só conceito o que trazem as correntes retributivas e preventivas. Buscam unificar os conceitos de prevenção, retribuição e ressocialização, demonstrando que um conceito não deve ser tratado separado de outro.

É certo que as penas privativas de liberdade, têm caráter preventivo, retributivo e de ressocialização do apenado. Ainda, no aspecto preventivo, temos a chamada prevenção geral, que é aquela atribuída a todos os membros da sociedade, com objetivo de que seus componentes, pelo temor da sanção não pratiquem delitos, e também pode ser a denominada prevenção especial, direcionada exclusivamente ao criminoso, tentando impedir que venha a praticar novos crimes.

Observa-se, no entanto, na atualidade, que as penas privativas de liberdade, muitas das vezes, têm se demonstrado ineficaz e não conseguem atingir suas finalidades. A ideia de punir o delinquente para que esse não voltasse a infringir a lei, e que com isso pudesse ser reinserido na sociedade, sem levar perigo aos cidadãos, se demonstra distante da realidade. Basta observar o alto número de detentos, que mesmo após cumprir longas penas dentro dos presídios brasileiros, que vale ressaltar, não são os mais adequados para cumprimento de sentença, voltam a delinquir e acabam retornando ao cárcere. Adiante, buscaremos analisar um pouco sobre o problema citado anteriormente, qual seja, a eficácia das penas privativas de liberdade.

2.2 A eficácia das penas privativas de liberdade

O sistema prisional brasileiro, onde são cumpridas as penas privativas de liberdade, passa por uma enorme crise, pois são, em geral, locais precários, que sujeitam os apenados às condições desumanas e nocivas à saúde, em nada contribuindo para a recuperação do condenado

e muito menos para sua ressocialização, uma vez que, sem contato com a sociedade, torna-se quase impossível que o infrator possa se reinserir nessa.

Na realidade, o apenado passa a ter mais contato com o mundo do crime, e na grande maioria das vezes, quando consegue contato com o mundo exterior das prisões, é para cometimento de mais crimes, até piores do que os já cometidos, uma vez que acabam ampliando suas redes de contatos criminosas, e conhecimentos relacionados ao mundo criminoso, sendo por vezes, até mesmo são recrutados por facções que se unem em busca de maior controle e mais poder de atuação.

Já é possível apontar alguns dos principais problemas relacionados a não eficácia do cumprimento das penas privativas de liberdade no país, sendo a superlotação, as condições precárias dos presídios, o elevado custo para o Estado, o surgimento e crescimento de facções criminosas, e a falta de planejamento para reinserção do condenado na sociedade os pontos que merecem maior atenção, para que então, tais penas comecem a demonstrar real serventia.

Relacionado a superlotação dos presídios, um aspecto que merece ser observado é o alto número de presos em prisão provisória, que ficam por longo período de tempo aguardando julgamento. Levantamentos demonstram que esse tipo de prisão não contribui para redução de crimes.

Uma medida, criada em 2015 por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que busca colaborar no problema de superlotação dos presídios são as chamadas audiências de custódia. É estabelecido que, após apresentada à autoridade policial, o indivíduo que foi preso em flagrante, deve ser levado para realizar exame de corpo de delito e encaminhado à carceragem. Em um prazo de 24 horas, é obrigatório que o preso seja apresentado a um juiz, que além de averiguar

questões legais relativas à prisão, avaliar se é necessária ou não, a prisão provisória.

Outro problema relevante, são as condições precárias de muitos presídios no país, com condições que chegam a ser desumanas e que vão contra o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Verifica-se em muitos locais de cumprimento de pena, que o Estado não possui sequer interesse em realizar manutenções mínimas para garantir o mínimo de dignidade aos apenados. Tais situações, além de oferecer riscos aos que cumprem pena, geram revolta e em nada contribuem para o processo de reeducação, que é um dos objetivos principais atribuídos as penas privativas de liberdade em estabelecimentos prisionais.

Se torna evidente, que o Estado deve interferir nesse quesito, reanalizando seus investimentos com a finalidade de realocar o valor gasto para manutenção dos presídios, para que possam ser utilizados de maneira mais eficiente.

A atuação de facções criminosas, dentro e fora dos presídios, é outro ponto de extrema relevância que deve ser devidamente tratado pelo Estado. Essas surgem através da união de detentos, de forma organizada e planejada, com intuito de realizar crimes de diversas espécies, aumentando assim seu poder de atuação e influência. Ocorre que grandes facções acabam recrutando detentos que haviam praticados crimes menores, tornando-os em criminosos de alta periculosidade e contribuindo de forma significativa para o insucesso da ressocialização do apenado.

O Estado deve se tornar mais presente na vida cotidiana dos presídios, ocupando o tempo ocioso dos detentos com cursos profissionalizantes, atividades recreativas, com a finalidade de restringir ao máximo a atuação dessas facções.

Por último, mas não menos importante, é necessário tratar o problema da reinserção do preso na sociedade, principalmente no mercado de trabalho, dando a ele uma segunda oportunidade e evitando que o crime possa ressurgir em sua vida, como possibilidade de ascensão. Necessário se faz então, reforçando o ponto anterior, que o Estado se mostre mais atuante na vida cotidiana do preso, aproveitando o período em que se encontra cumprindo pena para que possa se desenvolver profissionalmente e até mesmo socialmente, uma vez que passará a ter, aos poucos, contato com pessoas que estão do lado de fora do cárcere.

2.3 A finalidade das penas privativas de liberdade

O Código Penal no caput do artigo 59, traz que a pena vem para reprovar o ato ilícito cometido pelo indivíduo, prevenindo desta forma, a reincidência e até mesmo incidência em outros tipos penais. Tem-se que a pena tem duas finalidades: a preventiva, que traz a certeza de uma punição, e a retributiva que é utilizada para reestabelecer a ordem social. A partir destas duas tem-se o objetivo principal de ressocializar o apenado, tornando-o, aos poucos, apto para retornar ao convívio social.

Andrade traz que a função da pena de prisão seria instrumental, de efetivo controle e redução da criminalidade, entretanto, invés de reduzir a criminalidade, ressocializando o condenado, produz efeitos contrários, levando a consolidação de verdadeiras carreiras criminosas cunhadas pelo conceito de desvio secundário (ANDRADE, 2015, p. 289). Verifica-se que as penas não atingem seus objetivos predeterminados, pois, o condenado não passa por uma chamada “custódia de recuperação de presos” e sim por uma escola prática criminal, onde amplia seus conhecimentos no mundo criminoso.

Como já demonstrado, nos presídios brasileiros impera a lei do mais forte, o maior forte comanda o mais fraco, o que abriu espaço para a

formação e desenvolvimento das organizações criminosas. Fica evidente a falha do sistema carcerário atual em sua aplicabilidade quanto as penas privativas de liberdade, que não têm conseguido atingir suas finalidades.

3 As facções criminosas

Na antiguidade, não havia a existência do Poder Judiciário, tal como é atualmente. Na alta Idade Média, a resolução dos conflitos cabia aos indivíduos componentes da sociedade e, para haver a reparação dos danos, bastava que o ofendido tivesse sua ânsia de justiça satisfeita.

No decorrer dos anos, com o amadurecimento das instituições e do próprio Direito, é incumbido ao Estado, o papel de solucionar conflitos e punir quem infringi as leis por ele impostas, visando sempre a manutenção do bem-estar social. Para tanto, são construídas prisões com a fim de retirar do convívio social quem não demonstra estar capacitado para viver em sociedade, para que, com trabalho e disciplina, possa ser ressocializado.

Atualmente, dentre as formas de punição do infrator das normas penais, estas que visam proteger os bens considerados mínimos para uma vida digna, a mais utilizada é a pena privativa de liberdade, ao lado das penas restritivas de direito e das multas, todas situadas entre o artigo 32 até o artigo 95 do Código Penal. Ressalta-se, que as penas privativas de liberdade além de possuir um caráter punitivo e sancionador, possuem também o objetivo de ressocializar o apenado, não devendo, portanto, ofender os demais direitos do preso. Nesse sentido, afirma Bitencourt:

[...] nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social, o que violaria flagrantemente o princípio da dignidade humana, postulado fundamental da Carta da República. (BITENCOURT, 2015, p. 71).

Pontua-se que a pena privativa de liberdade pode ser aplicada em três tipos de regimes diferenciados, sendo o regime aberto, semiaberto e o fechado. Nota-se algo preocupante que ocorre nas penitenciárias brasileiras a algum tempo, sendo o surgimento e crescimento de grupos com a finalidade de comandar e cometer crimes dentro e fora dos presídios. Estes grupos são formados por diversos indivíduos, que são recrutados por essas facções, independente dos crimes que cometeram. Esses grupos são as chamadas “Facções Criminosas”. Nesse diapasão, comenta Bruno Shimizu:

Desse modo por certo, de acordo com os postulados do labelling approach a adoção dos termos "facção criminosa" ou "crime organizado" consiste em um etiquetamento criador de desviação em determinados grupos (SHIMIZU, 2011, p. 66).

Muita dificuldade havia para se conceituar especificamente o que seriam as Facções Criminosas, o que somente foi possível com a criação da Lei nº 12.850/13 que além de determinar o que são as facções criminosas, determinou as penas aplicáveis:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2021).

Um exemplo de facção criminosa atuante no Brasil é a denominada “Comando Vermelho”, que surgiu em 1980, durante a ditadura militar, e

veio da junção de criminosos comuns, criminosos políticos e os chamados guerrilheiros que transmitiram entre si, ensinamentos do mundo criminoso.

Dentre os diversos motivos possíveis para explicar o surgimento e atuação de determinados grupos, pode-se mencionar além da superlotação dos presídios brasileiros, a falta de interesse do Estado nesta problemática, o que acaba acarretando diversos outros problemas a serem resolvidos. Com análise de todos os problemas relacionados ao sistema carcerário brasileiro, chega-se à conclusão que tais decorrem de:

[...] a reconhecida incapacidade e incompetência do poder público em gerenciar amplas massas carcerárias, bem assim de lograr uma política efetivamente coordenadora da execução penal". (ADORNO, 1991, p. 68).

É importante observar e estudar o quanto essas Facções Criminosas possuem relação direta com o auto índice de reincidência criminal, principalmente levando-se em consideração que os criminosos comuns, são recrutados e se aperfeiçoam na prática criminosa.

É sabido que o sistema penitenciário brasileiro é falho em sua finalidade ressocializante, demonstrado o grande número de indivíduos que vão parar nos presídios por terem cometido crimes, e pouco após cumprirem a pena, ou parte dela, retornam ao sistema penitenciário, muitas das vezes, por crimes da maior potencial ofensivo.

Identificar as causas que levam ao não funcionamento do cumprimento de pena no Brasil, e além disso, as que levam indivíduos a cometerem novamente crimes, até piores, mesmo após já terem enfrentado o cárcere, é tarefa árdua, mas que possuem certas respostas aparentes.

Conforme citado anteriormente, dentre as causas aparentes, está a falta de interesse por parte do Estado em solucionar, ou ao menos, em procurar soluções eficientes para o sistema de prisão brasileiro, bem como de alternativas que visem realocar os que já cumpriram suas penas, na sociedade, de forma que não venham a praticar novos crimes e acabem retornando para os presídios.

A superlotação é outro fator explicativo, sendo que a pena acaba perdendo sua finalidade de disciplinar o apenado, pois muitas das vezes em situações até cruéis, os condenados se tornam revoltados e indisciplinados pela situação em que se encontram.

3.1 O surgimento das facções criminosas

É de suma importância se identificar quais os principais motivos que levam ao surgimento das facções criminosas no Brasil, o que facilita que sejam encontradas soluções eficazes para combatê-las. Dentre as diversas causas que possuem ampla discussão no que se relaciona ao estopim para o surgimento de facções criminosas, principalmente nos presídios, esses considerados como o ‘berço’ das facções, seriam as condições desumanas e degradantes em que a grande maioria dos detentos se encontram, em penitenciárias precárias e sem o mínimo de condição de higiene. Acredita-se que os detentos se organizam para, ao adquirir mais poder de atuação, possuírem um tom maior em suas reivindicações e inclusive, para se proteger dentro do próprio estabelecimento penal. Nas palavras do cientista político Guaracy Minguardi, do Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente: “Na verdade, alguns grupos surgem como uma forma de os próprios presos se protegerem das mortes e dos estupros nas cadeias.” Arelado a este fator, cita-se a crescente desigualdade social. Muitas vezes, por não terem acesso à saúde, trabalho, moradia, educação, saneamento básico e o

mínimo necessário para se viver com dignidade, principalmente os jovens, encontram no crime uma ‘solução’ aparente para seus problemas e acabam por cometer delitos, por vezes de pequena monta, e quando são levados aos presídios, são capturados por facções maiores e organizadas, para aumentarem seu potencial no mundo criminoso.

Além dos motivos mencionados, os presos ao se articularem, aumentam seu poder de atuação e, assim como uma empresa, começam a agir de forma ordenada, dentro e fora dos presídios, investindo em atos criminosos cada vez mais organizados e lucrativos, e por consequência, crescendo em número de criminosos e ganhando cada vez mais notoriedade e até mesmo legitimidade, principalmente em locais onde o Estado não chega.

Relacionado a este poder de atuação, não se pode esquecer de um elemento auxiliar, qual seja, a corrupção dos funcionários dos estabelecimentos prisionais. O contato com o mundo externo, em grande maioria das vezes, realizado via aparelho telefônico, é possibilitado por algum agente prisional, que em troca de dinheiro, ou até mesmo coagido, facilita a entrada de aparelhos telefônicos e até de outros itens que não deveriam adentrar nas penitenciárias.

3.2 A atuação das facções criminosas no cárcere e seu crescimento

Com o passar do tempo as facções criminosas foram se articulando e ampliando seu campo de atuação, passando do pequeno comércio de drogas, para grandes assaltos a bancos, para o roubo de cargas, tráfico internacional de drogas e armas, dentre outros. Assim aumentando seu poder econômico e por consequência, aumentando seu poder bélico e seu número de integrantes, passando a ter mais influência, dentro e fora dos presídios, principalmente, onde o Estado não se mostra presente.

Ligado a este fator, está a falta de políticas públicas capazes de reprimir o surgimento, a atuação e o crescimento destes grupos criminosos de forma eficiente. Além da crescente desigualdade social, que o Estado não consegue combater de forma competente, dando espaço para o crime organizado recrutar membros fora das unidades penitenciárias, que encontram no mundo do crime, uma oportunidade, mesmo que ilegal, de ascensão social.

A união destes elementos, cria um ambiente favorável e serve de combustível para o crescimento desordenado das facções criminosas, e enquanto nenhuma medida for tomada, ficará cada vez mais difícil do Estado tratar este problema.

4 As facções criminosas e a reincidência criminal

A Lei de nº 12.850/2013 em seu artigo 1º, traz que uma organização criminosa é a associação de 4 ou mais pessoas de maneira organizada, hierarquizada, com o objetivo em comum de obter vantagem através da prática de delitos criminosos, sendo penalizados com detenção de três a oito anos e multa. Essas são as denominadas facções criminosas que são, atualmente, um dos maiores problemas enfrentados pelo país.

A precariedade das cadeias brasileiras, a falta de investimento do Estado na manutenção destes locais, bem como a falta de interesse em encontrar soluções eficazes para o combate das facções criminosas, leva, conforme demonstrado ao longo do estudo, a reincidência crescente, gerando um problema que se torna cada vez mais complexo para solucionar.

Aliados aos diversos fatores já mencionados, ainda tem-se o problema da corrupção de agentes que deveriam estar ao lado do Estado auxiliando no combate ao crime organizado, que acabam por ser

recrutados para auxiliar de alguma forma as facções criminosas. Sobre isso Carlos Amorim traz que:

O crime organizado no Brasil é uma realidade terrível. Atinge todas as estruturas da sociedade, da comunidade mais simples, onde se instala o traficante, aos poderes da República. Passa pela polícia, a justiça e a política. A atividade ilegal está globalizada e o país é um mercado privilegiado no tabuleiro do crime organizado. (AMORIM, 2005, p. 15).

Evidente, a relação estrita que a atuação de facções criminosas dentro dos presídios tem com o crescente número de reincidência criminal, uma vez que pequenos delinquentes são recrutados e passam a integrar organizações criminosas mais especializadas e lucrativas. Assim, o “ladrão de galinhas” enxerga uma oportunidade de se tornar um ladrão de bancos, e assim passar a ser respeitado, não somente dentro da penitenciária em que cumpre a pena, mas também perante os demais criminosos. Resta claro então, que como numa relação causa e efeito, solucionar ou ao menos tentar reduzir a participação e o surgimento das facções criminosas, acaba de forma reflexa, tendo impacto na redução no número de detentos que invés de se ressocializarem, voltam ao sistema carcerário pelo cometimento de crimes mais gravoso.

5. Considerações finais

Conclui-se que são inúmeras as causas que levam à ineficácia do sistema penitenciário nacional, do crescimento e fortalecimento das facções criminosas e, conseqüentemente, do crescente número de reincidência criminal.

O Estado, detentor do *Jus puniendi*, não exerce de maneira eficaz seu dever de punição adequada e ressocialização dos apenados, que se encontram, muitas das vezes, em situações desumanas dentro dos

estabelecimentos prisionais, afrontando assim, princípios básicos como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana.

Se mostra evidente a urgência no tratamento das causas que levam a está ineficácia, como a melhoria nas estruturas dos centros prisionais, o devido treinamento aos agentes que estão em contado direto com os detentos, somando com sua maior valorização, a fim de evitar desvios de conduta, a elaboração de planos de trabalho e estudo para ocupar o tempo ocioso dos apenados, a criação de incentivos para realocação do ex-detento no mercado de trabalho, o combate mais efetivo do crime organizado, dentre outras inúmeras possibilidades de combate ao problema que assola o Sistema Penal Brasileiro.

É de grande importância que o Estado assuma seu papel, e comece a focar neste problema, enquanto a tempo de reversão. Ainda que, seja assumindo sua incapacidade em lidar com o problema, e que se pense na ideia de privatização dos presídios, para que assim, as coisas possam começar a mudar e que todo o sistema se torne mais eficaz em seu propósito.

Referências

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

Acesso em: 10 abril 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>.

Acesso em: 10 abril 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 10 abril 2021.

ADORNO, Sérgio. **Sistema penitenciário no Brasil: problemas e desafios**. Revista USP, 1991.

AGEPEN. **Agência Estadual De Administração Do Sistema Penitenciário**. Informações penitenciárias. Disponível em: <<http://www.agepen.ms.gov.br/informacoes-penitenciarias/>>. Acesso em: 21 dez. 2020.

AMORIM, Carlos. **CV_PCC: A irmandade do crime**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005

ANDRADE, V. R. P. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BEATO, Claudio; ZILLI, Luís Felipe. **A Estruturação de Atividades Criminosas: um estudo de caso**. Revista Brasileira de Ciências Sociais - vol. 27 n° 80, p. 71-88, out. 2012. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/7165/5744>>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo, Martins Fontes. Tradução de Lucia Guidicini; Alessandro Berti Contessa. Revisão: Roberto Leal Ferreira. 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 4.ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas**. Dissertação (Mestre em Direito). Universidade de São Paulo, 2011.

PORTO, Roberto. **Crime organizado e sistema prisional**. São Paulo: Atlas, 2007.

Capítulo 18

Família multiespécie, um novo conceito de família: a proteção dos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos casais

*Jeniffer Sabrina da Silva Gomes
Victor Erik Oliveira Machado
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

Diante da evolução do termo família, os animais domésticos vêm conquistando cada vez mais espaço no cotidiano da sociedade, deixando de ser um mero semovente de acordo com o Código Civil, para ocupar status de ente familiar. Os animais domésticos vêm conquistado um grande espaço no cotidiano da sociedade, assumindo um papel importante dentro das famílias, e alterando a forma como o animal de estimação é visto pela sociedade. Os animais ou *pets* desempenham papéis importantes na vida das pessoas pelos mais diversos motivos (CHAVES, 2016).

Considerando os inúmeros casos e situações que envolvem o tema, e de acordo com o artigo 255, VIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que reconhece a sensibilidade dos animais, bem como a vedação de práticas que coloquem eles em risco, pode-se dizer que esses seres têm a preservação no ordenamento jurídico elencando o seu direito à vida, à liberdade e a integridade física (GORDILHO, 2008).

Diante desse novo desafio e a inclusão dos animais domésticos no rol familiar, pode-se atentar que quando do divórcio e da regulamentação de visitas, não existe uma norma concreta para analisar as situações que englobam o tema. O presente artigo busca fazer uma análise sucinta de

como foi a evolução histórica das famílias no Brasil, adentrando nos desenvolvimentos que os animais tiveram ao longo dos tempos em relação aos seus direitos. Terá como escopo principal a pesquisa demonstrar a ocorrência de violação aos direitos dos animais e a guarda de animais domésticos no Brasil.

Nesse sentido, pretende-se analisar e demonstrar a realidade fática vivenciada nas famílias brasileiras atualmente, em relação a guarda dos animais domésticos no que tange a dissolução matrimonial de casais que possuem afeto e carinho com esses animais, considerando-os como se filhos fossem, mesmo que no Código Civil de 2002 os animais domésticos ainda eram considerados “como coisa”. (BRASIL, 2002). Atualmente, após discussões ocorridas em 2018, os animais pleiteiam os seus direitos por representação de seus donos, no que tange à projetos de lei para tipificar seus direitos de forma conceitual e determinante, distinguindo-os de coisa ou semovente.

Levando em consideração o exposto, pretende-se mostrar as consequências positivas em relação à guarda de animais domésticos e a aprovação dos Projetos de Lei nº 6.054/2019 e nº 542/2018, pois assim como os seres humanos, todos os animais têm os seus direitos e ainda precisam ser colocados em prática no ordenamento jurídico de forma definitiva e conceitual.

Destarte, esse artigo tem como ênfase expor as situações elencadas e procurar resoluções para dirimir esse conflito intrigante em ações de família para que o judiciário tenha um norte, julgando os processos de forma específica e gerando uma resolução concreta para a guarda dos animais domésticos, bem como inserir a família multiespécie no conceito familiar. Como metodologia utilizou-se de pesquisas documentais e bibliográficas, com fonte de pesquisas que trazem dados atuais sobre a guarda de animais domésticos, além do mais, também foram utilizadas

pesquisas de projeto de leis, legislações específicas e dados secundários em artigos.

2 Breve relato sobre a história do direito das famílias

2.1 Evolução histórica do direito das famílias

Pais, mães, filhos, avós, a família sempre existiu, mas ao longo da história ela passou por diversas transformações. No último século essas mudanças foram mais rápidas e marcantes, a ideia de família de nossos avós não é a mesma de nossos pais e não será a mesma de nossos filhos, um passeio em nossos álbuns de família podem nos levar a compreensão das famílias hoje.

As leis anteriores à Constituição Federal de 1988, colocavam em prática o modelo de família patriarcal, excluindo as demais espécies familiares, bem como os filhos que não eram concebidos dentro do casamento. Portanto, em 1916 tínhamos um Código Civil arcaico, reconhecendo o conceito de família somente dentro do matrimônio, ou seja, teria que ter um casamento para que fosse reconhecido a família e ela era composta apenas por pai, mãe e filhos, sendo que o pai tinha um poder máximo, deixando a mãe sem muito poder e não podendo decidir muitas coisas referente a família e referente aos filhos, portanto, os direitos das mulheres era algo bem inferior em comparação com os direitos dos homens (SANTANA, 2015).

Segundo Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha Santana (2015) em 1977 foi sancionada a lei que instituiu o divórcio, algo que era muito desejado na época. Essa lei permitiu que vários homens e mulheres conseguissem se casar novamente e constituir uma nova família com quem realmente tivessem sentimentos. Em 1988, com a promulgação da nova Constituição federal, se deu a necessidade de não fechar os olhos para as famílias já existentes, dando ênfase à união estável bem com a família

monoparental que, por sua vez, era uma realidade no cenário brasileiro. Como consequência dessa evolução, o que era aceitável antigamente, hoje em dia é abominado pela sociedade, por exemplo, o poder do pai sobre a vida e a morte dos filhos. Sendo assim, a conquista dos direitos de família, precisamente, foi a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Luiz Edson Fachin (2003) corrobora complementando ao mencionar o Código Civil, que ser sujeito de direito representava “sujeito de patrimônio”, a legislação civil daquela época, patrimonialista, valorizava mais o “ter” do que o “ser”.

3 Animais: sujeitos de direito ou objetos de direito?

Conforme tipificado no ordenamento jurídico, especificamente no Código Civil de 2002, os animais domésticos não possuem relação de afetividade, bem como sentimentos, elencado expressamente em seu artigo 82: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (BRASIL, 2002). Apesar do artigo mencionado se referir aos animais dessa forma, a sociedade se encontra em constante transformação, sendo assim, deve-se ter uma visão mais crítica, pois o direito deve acompanhar os avanços da sociedade, considerando que muitas famílias de diferentes desígnios têm esses animais como entes familiares e exigem respeito, mais precisamente quanto a proteção desse novo conceito que se forma do termo família, conforme conceitua Danielle Tetü Rodrigues (2009):

Se os animais fossem considerados juridicamente como sendo ‘coisas’, o Ministério Público não teria legitimidade para substituí-los em juízo. Impende observar que a legitimidade é conceito fechado, impassível de acréscimos advindos de interpretações. Além do que, seria um contrassenso existirem relações jurídicas entre coisas e pessoas. Só observar que não se trata de direito

real, mas sim, de direito pessoal, cujo traço característico é justamente a relação entre pessoas, mediante os elementos de sujeito passivo e ativo, bem como a prestação devida. (RODRIGUES, 2009, p. 126).

Apesar da denominação contrária ao que realmente vive-se hoje sobre os animais domésticos, é importante ressaltar que o judiciário, por sua vez, recebe inúmeros casos referentes a guarda de animais, principalmente quando ocorre dissoluções matrimoniais entre casais de diferentes gêneros que, em muitos casos, optam em não ter filhos, e adotam animais domésticos para ocupar e preencher o espaço dos sucessores, relacionando-os como entes familiares e pleiteando pelo direito de guarda, que em muitos casos enfrentam grandes problemas para saber quem irá ficar com a guarda do animal de estimação.

Alguns países adotaram um conceito mais evoluído e sensato quanto aos animais domésticos não serem coisas, mas sim seres dotados de sensibilidade e sujeitos de direito, conforme preceitua Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2019), em seu livro Curso de Direito Constitucional:

[...] Admitir que os animais são titulares de direitos fundamentais será um grande avanço na visão contemporânea do Direito, na qual o homem é um ser inserido no ambiente que o cerca, sua conduta não tem fim em si mesmo, mas devem ser sopesadas a luz de direitos dos outros seres vivos e da própria natureza.[...] Por fim, defendemos que os animais são titulares de direitos, mas não consideramos 'humanizar os animais'.[...] Entendemos que o mais correto é, em vez de humanizar os animais, considerando-os seres humanos dotados de todos os direitos fundamentais, devemos considerá-los como seres vivos que, por conta de sua sensibilidade ou consciência, são titulares de alguns direitos fundamentais, como principalmente a vida digna. (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 661)

De certa forma, a relação do homem com o animal existe há séculos, no entanto, esse conceito arcaico deve ser desmistificado, sendo

redefinido, devendo o Brasil adotar as políticas de determinados países quanto ao novo conceito referente aos animais domésticos em não serem mais coisa, nem considerados como semoventes, deixando de lado essa conduta e redefinindo o animal como sujeito de direitos e não um objeto, fazendo jus ao verdadeiro conceito de família que preza pelo afeto entre as partes, bem como o bem-estar e comodidade em prol dos grupos diferenciados no termo família.

3.1 Uma nova perspectiva para o direito dos animais

As discussões sobre os direitos dos animais vêm se entrelaçando a bastante tempo por grande parte da sociedade, inclusive vem sendo assuntos para vários debates no Brasil, sendo que foram criados alguns projetos de lei relevantes para que se solucione o problema, sendo os principais deles os maus tratos e agressões dos humanos para os animais não humanos.

Greici Maia Behling e Vanessa Hernandez Caporlingua (2017) relatam que o comportamento do ser humano sucessivamente foi elencado no saber religioso e no científico, prendendo-se à convicção na superioridade humana sobre todas as outras espécies. Desde a antiguidade os homens foram criados para caçar o seu próprio alimento, fazendo-se necessário matar os animais para sobreviverem, e conseqüentemente utilizar seus pelos para produzirem vestimenta para o seu corpo, assim, se aquecendo do frio.

Segundo o Livro de Gênesis, Capítulo 1, versículo 28, onde disse Deus a Adão: “Frutificai, e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra”. (GÊNESIS 1, 28,). Ou seja, ideia no qual os animais eram inferiores aos homens sempre existiu, fazendo com que tirassem suas vidas.

Surge então o termo Ecocentrismo que segundo Junieber Ramos Santos e Renata Domingues de Oliveira Simão (2020) o homem também integra os ecossistemas e adota que outros seres também possuem direitos, merecendo serem respeitados. Com o passar do tempo, os animais passaram a ocupar um espaço importante dentro dos novos modelos de famílias, espaços esses como “filhos” e companheiros, e trazendo benefícios para essas famílias. A psicóloga Thainara F. Broto (2020) cita o trabalho feito com animais como forma de terapia, em que durante as seções eles trazem conforto e carinho para as pessoas enfermas, a autora ainda cita que os animais de estimação são capazes de transmitir a sensação de bem-estar.

4 Família multiespécie

Sabe-se que o conceito de família é uma concepção arcaica e vai muito além das definições desenvolvidas pelo direito ao longo dos anos. Embora atualmente esse conceito seja amplo, a priori, salienta-se que tal conceito era robusto, e se caracterizava de forma generalizada através da concepção do casamento entre homem e mulher, qualquer outra definição nos termos passados se pormenoriza inapropriada. No Brasil, o conceito anterior de família se dava por meio do casamento, composto por marido, mulher e filhos, embora esse conceito atualmente esteja desatualizado, Carlos Roberto Gonçalves (2012) a denomina de “pequena família, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial” (GONÇALVES, 2012, p. 65).

Com o passar dos anos e a evolução da sociedade, transformações importantes foram realizadas para que o conceito de família abarcasse as inúmeras possibilidades de núcleos familiares previstos atualmente. Foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em especial a proteção do Estado ao se tratar dos direitos fundamentais, que o conceito de família se tornou mais abrangente, abarcando ao gerar ênfase em

relação a igualdade entre cônjuges no poder familiar; até então restrito ao pátrio poder que foi, por muitos anos, o conceito mais apropriado pelo tema. Nessa esteira e segundo o entendimento de Maria Berenice Dias, instaurou a igualdade entre o homem e a mulher e esgarçou o conceito de família, passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros.

A partir das novas modalidades de família que surgiram, houve a necessidade da doutrina e da jurisprudência reformular e se adequar a um novo modelo formado, não só pelo casal e seus filhos, mas também por um membro que vem se tornando cada vez mais comum nos lares: os animaizinhos.

Por conseguinte, o conceito de família foi criando forma no sentido de que para se conceituar tal classe deve-se respeitar o direito de todos, bem como destacar que o afeto é o que realmente importa, independente de qual seja o seguimento nos núcleos familiares, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse conceito, cite-se o direito à busca pela felicidade, citado como paradigma contemporâneo na impactante decisão do Supremo Tribunal Federal “reconhecendo a igualdade entre a paternidade socioafetiva e a biológica, bem como possibilidade de multiparentalidade, com vínculo concomitante” (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840).

Notável é a passagem enfatizada pelo voto do ministro Luís Fux, no que concerne à multiparentalidade (STF, RE 898.060/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016, publicado no seu Informativo n. 840). Sendo assim, há que se falar que os animais domésticos, ao se tratar de afeto, têm espaço no conceito de família. É uma situação extremamente delicada e relevante no direito das famílias, no sentido de que várias famílias, de diferentes núcleos, têm afetos imensuráveis em relação aos seus pets, assim como se equiparando a um ente familiar. Nessa esteira, o

conceito de família ultrapassa os limites impostos pela legislação e merece ampla discussão quanto ao tema, devendo abarcar a legitimação conferida a família multiespécie, não se restringindo apenas ao conceito sólido, criado anteriormente entre homem e mulher, mas enfatizar o afeto que é o conceito mais eficiente ao se falar do tema direito das famílias conforme enfatiza a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, inciso VIII, está previsto que:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

1º para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: [...]

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (BRASIL,1988).

Nesse prisma, pode-se verificar que os animais são vulneráveis e merecem ser tratados como previsto no artigo mencionado na Constituição Federal de 1988, garantindo-lhes os direitos fundamentais como à vida, à integridade física, à liberdade e à dignidade. Perante os aspectos elencados e do desenvolvimento da sociedade, não é incomum que inúmeras pessoas que "adotam" animais de estimação os elevam ao patamar de "filho", optando em muitos casos em não dar continuidade a família por meio de descendentes. Noutro prisma, verifica-se que casais com filhos humanos e animais de estimação, convivem em condições de igualdade e tratamento.

Nas palavras do desembargador Carlos Alberto Garbi na ocasião em 2015, onde a 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São

Paulo determinou que um casal em separação judicial que dividia o cachorro de estimação, diz que, “é preciso, como afirma Francesca Rescigno, superar o antropocentrismo a partir do reconhecimento de que o homem não é o único sujeito digno de consideração moral, de modo que os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente a humanos, mas a todos os sujeitos vivos” afirmou o desembargador Carlos Alberto Garbi. Além do mais, conforme preceitua Isabella Bertelli Cabral dos Santos (2008):

[...] O animal como membro familiar sugere a existência de uma relação interespecies e de uma família multiespécie composta por humanos e seus animais de estimação. Os mesmos acabam tendo diferentes funções, que vão desde serem vistos como objetos para o dono mostrar para outras pessoas, dando certo status social, cuidadores para algumas pessoas e até integrantes da família, tendo a mesma importância dos demais membros. Nesse sentido, destaca-se que “em estudo conduzido por Berryman e outros pesquisadores se concluiu que os animais de estimação são vistos como tão próximos quanto o próprio filho pelos humanos” (SANTOS, 2008).

Assim, nota-se que é possível o reconhecimento da família multiespécie e que perante os casos concretos embora não seja pacífico, os juízes vêm pautando-se na aplicação sobre equiparação dos referidos institutos, visto que a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro permite tal aplicação mediante omissão legislativa.

Em suma, é importante notar como o direito de família se adapta constantemente aos cenários em que se inserem, simplificando a prática jurídica e se aproximando gradativamente da realidade e das necessidades individuais, além de oferecerem diferentes tipos de tutela que se amoldem, também, à família multiespécie.

5 Tipos de guarda no ordenamento jurídico

Inúmeros tipos de guarda se desenvolveram no ordenamento jurídico brasileiro, alguns equivocados, outros sendo muito bem utilizados seguindo o procedimento certo. Apesar da dissolução matrimonial ser direito garantido na Constituição Federal de 1988, independente da anuência de um dos cônjuges, anteriormente era incomum essa situação. Nos últimos tempos presencia-se muitas dissoluções conjugais, fazendo com que os tipos de guarda sejam mais utilizados e sendo também um assunto mais comentado ocorrendo uma evolução constante, lembrando que, não se enquadra apenas em seres humanos, mas também em seres não humanos (animais domésticos), nesse prisma, todos os seres não humanos têm o desejo de viver e que são considerados animais domésticos por alguém podem pleitear o seu direito de guarda pelo os cônjuges litigantes.

Em muitos lares os animais são considerados parte das famílias e quando ocorre a dissolução conjugal o processo de divisão de guarda do animal doméstico se assemelha ao mesmo processo de divisão de guarda dos filhos menores de idade, podendo o casal escolher por algum tipo de guarda, bem como determinar o percentual de pensão alimentícia, além da participação do direito de sucessão. Sobre o tema, o professor José Fernando Simão (2017) relata que:

Se o animal pertencer a um dos cônjuges (bem particular), poderá o juiz estipular a copropriedade em caso de clara relação afetiva e de cuidado de ambos para com o animal. A sua guarda, nesse caso, poderá ser unilateral de um dos cônjuges com visita do outro, ou mesmo compartilhada. A solução depende da situação fática e das provas colhidas pelo magistrado. (SIMÃO, 2017, p. 908).

Para Marianna Chaves (2016), o ideal é a fixação da "guarda alternada" dos animais domésticos.

O pet¹, assim como os filhos humanos, necessita de afeto, atenção e cuidado, mas não será prejudicado pela alternância constante de residência. Até mesmo em virtude da praticidade para o ex.- casal, a guarda alternada se mostra mais razoável, com uma divisão equilibrada do tempo de contato. [...] na hipótese de dúvida sobre qual modalidade guarda escolher, o magistrado sempre poderá se socorrer de laudos de médicos veterinários ou especialistas em psicologia animal, por exemplo. (CHAVES, 2016, p. 24).

A autora ainda referênciava os tipos de guarda mais frequentes e utilizados no ordenamento jurídico são: a guarda unilateral surge quando as decisões são tomadas por apenas uma das partes, decisões essas sobre todas as coisas que o filho for realizar, utilizando como exemplo a escola, onde vai estudar, viagens, lazeres e etc. Ou seja, quando a criança tem um único responsável ou o animal tenha um único dono que toma a decisão por ele.

Sendo assim, a parte que ficar responsável pela guarda unilateral do animal, ficará por mais tempo com o mesmo, fazendo com que a outra parte utilize uma pequena porcentagem do tempo com o animal, mais precisamente em finais de semanas alternados quando o cônjuge que não tiver a guarda exercer o seu direito de visitas.

Além dessa guarda, existe a guarda compartilhada, considerada por muitos doutrinadores como a guarda ideal ou comum, no qual o período de convívio deve ser repartido de maneira contrabalançada, frisando aos cônjuges uma dedicação a mais, bem como a participação no que tange a vida desses animais domésticos (CHAVES, 2016).

¹ Segundo Lima (2010) o termo animal de estimação vem do termo inglês *PET*, e surgiu na Escócia por volta do final do século XIV.

5.1 Equiparação da guarda com os animais domésticos

Em concordância com o tópico anterior, a guarda é um poder familiar onde ambas as partes têm o mesmo desejo ou o mesmo interesse no assunto, sendo este um conjunto de obrigações, deveres e direitos que o casal disputa referente ao direito de guarda no judiciário.

O termo guarda diretamente se fala sobre filhos, algo mais comum e ocorrido atualmente, mas também pode-se acrescentar a guarda dos animais domésticos, considerando os inúmeros casos que vêm abarrotando o judiciário quanto a esse tema, no que tange a dissolução matrimonial de casais que possuem afeto e carinho com esses animais domésticos, considerando-os como se fossem filhos.

Conforme os últimos dados informados pelo IBGE em 2015, O Brasil é o 4º país com a maior população de animais de estimação do mundo. Nesse prisma, pode-se verificar que o “melhor amigo do homem” se tornou um membro da família, sendo especificado esse termo por muitos doutrinadores como família multiespécie, considerando a relação humano-animal gerada pelo afeto (GUIMARAES, 2019).

Apesar dos inúmeros Projetos de Lei que passaram no legislativo e não tiveram êxito para a sua regulamentação, o judiciário, no âmbito do direito das famílias, se encontra abarrotado de processos conflitantes sobre o tema. Dito isso, os tribunais superiores vêm decidindo por analogia através da legislação pertinente quanto à guarda dos seres humanos, mais precisamente de incapazes, quando da dissolução matrimonial de casais que consideram esses bichinhos como se fossem filhos.

Conforme mencionado, inúmeros casos foram levados ao conhecimento do judiciário brasileiro, e em muitos desses o juízes reconheceram o afeto entre o ex-cônjuge e o animal doméstico, devendo assim, além de priorizar a regulamentação de visitas, analisar a situação

financeira do ex-cônjuge e estipular um percentual financeiro, conforme uma ajuda de custo para os cuidados com esses animaizinhos que exigem banho, tosa e alimentação específica, se equiparando a pensão alimentícia estipulada em decisão judicial. Vale salientar, em julgamento do RESP 1.713.167/SP, o STJ priorizou a competência das varas de família para julgamento e análise desses conflitos, “restando reconhecido o direito dos ex-companheiros em terem a guarda e o direito de visitação ao animal de estimação, adquirido na constância da união, com aplicação analógica dos artigos. 1.583 a 1.590 do Código Civil” (BRASIL. 2002). Sobre o tema, o ministro Luís Felipe Salomão, relata em alguns trechos da decisão:

O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos". "O regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade". "A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. (BRASIL, 2018, p. 1).

Diante do tema, pode-se dizer que ainda que inexistia decisão prévia quanto à guarda dos animais domésticos, o juiz independente da instância que ocorrer o caso, busca propor uma razoável solução para solucionar os casos em comento, conforme enunciado 11 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM): "na ação destinada a dissolver o casamento

ou a união estável, pode o juiz disciplinar a custódia compartilhada do animal de estimação do casal"(CHAVES, 2016).

Todavia, é essencial que exista certamente uma regulamentação sobre o tema com entendimentos e decisões jurisprudenciais consolidadas, revigorando a ideologia do que se define o termo “animal de estimação”, caracterizando esses seres como são realmente.

6 Projetos de Lei que auxiliam na regulamentação da guarda dos animais domésticos

Nos tópicos abaixo apresentam-se os projetos de leis que têm por objetivo regulamentar a guarda dos animais domésticos quando em processos de separação.

6.1 Projeto de Lei nº 542/2018

Esse Projeto de Lei tem como fundamento principal “dispor sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação nos casos de dissolução do casamento ou da união estável.” Além do mais, “estabelece o compartilhamento da custódia de animal de estimação de propriedade em comum, quando não houver acordo na dissolução do casamento ou da união estável. Altera o Código de Processo Civil, para determinar a aplicação das normas das ações de família aos processos contenciosos de custódia de animais de estimação.”

Conforme preceitua o Projeto de Lei nº 542/2018, os animais ocupam um espaço afetivo nas famílias brasileiras. Insta salientar que o objetivo a ser atingido é de promover a pacificação familiar, prevendo quatro hipóteses de perda da posse ou propriedade, quais sejam:

- a) descumprimento imotivado e reiterado dos termos da custódia compartilhada;

- b) indeferimento do compartilhamento de custódia nos casos de risco ou histórico de violência doméstica ou familiar;
 - c) renúncia ao compartilhamento da custódia por uma das partes e;
 - d) comprovada ocorrência de maus-tratos contra o animal de estimação.
- (FREITAS, 2018).

Portanto, esse projeto contribui para a estipulação do equilíbrio, no que tange a responsabilidade dos cônjuges, bem como dos familiares em geral, a tratar os animais em pé de igualdade com os seres humanos, tratando-os com a dignidade que merecem ter.

6.2 Projeto de Lei nº 6054/2019

Conforme abordado nesse artigo, os animais domésticos com o passar dos anos ganharam força e sensibilidade no que diz respeito ao afeto dos seres humanos. Conceituando o termo família em uma situação mais abrangente, pode-se dizer que o afeto atualmente é o termo mais completo nesse ramo, é devido esses pets serem considerados entes familiares, se concretizou a possibilidade de estes serem considerados sujeitos de direitos despersonalizados através de projetos de lei.

É uma linha tênue no que diz respeito a esse projeto de lei e ao mesmo tempo um grande passo a ser dado historicamente na inovação do direito animal no reconhecimento destes não mais serem coisas, mas sujeito de direitos legitimando e criando uniformidade dos julgados e decisões em relação aos animais domésticos.

Ressalta-se que esse projeto de lei foi aprovado em ambas as casas, restando à Câmara dos Deputados apreciar a emenda do Senado, e assim, ser enviado ao Presidente para sancioná-la. Conforme estipula o projeto de lei, este estabelece um regime jurídico especial da seguinte forma:

- I) a afirmação dos direitos dos animais não humanos e sua proteção;

- II) a construção de uma sociedade mais consciente e solidária; e
 - III) o reconhecimento de que os animais não humanos possuem natureza biológica e emocional e são seres sencientes, passíveis de sofrimento. [...]
- (IZAR, 2019, p.2).

Caso esse Projeto de Lei seja aprovado e sancionado, o Brasil será o pioneiro no cenário internacional a reconhecer a legalidade dos animais domésticos como sujeito de direitos, deixando a ideologia prevista no Código Civil de que os animais são coisas móveis ou semoventes. Apesar do projeto de lei buscar definir os animais como sujeitos de direitos, vale salientar que os pets não se equiparam às pessoas, pois de fato não possuem personalidade jurídica. Todavia, é de suma importância ressaltar que a partir do sancionamento desta lei, os animais serão cobertos de tutela jurídica, ou seja, podem figurar em relações processuais como demandantes, ampliando a proteção animal por vias judiciais. Esse projeto representa a consolidação definitiva do direito animal no ordenamento jurídico brasileiro, sem excluir as tutelas constitucionais em prol dos animais,

Enquanto esse projeto não é sancionado, alguns doutrinadores já adotam a teoria da equiparação dos animais domésticos com os humanos, no que tange a dissoluções matrimoniais referente à guarda, visitas e alimentos fazendo uma analogia. Conforme preceitua Camilo Henrique Silva (2015):

Em caso de divórcio, o animal de estimação tem o direito de receber pensão alimentícia do tutor que não lhe detém a guarda, por tratar de obrigação indeclinável, um direito fundamental e essencial à manutenção de sua vida com dignidade. Se os tutores não acordam, é perfeitamente possível o ajuizamento de ação específica para a solução do impasse. Ao Poder Judiciário cabe impor o dever de alimentar ao tutor não guardião, estipulando o valor da

pensão alimentícia de acordo com as necessidades do animal-alimentando e a possibilidade de pagamento do tutor- alimentante (SILVA, 2015, p. 111-112).

Destarte, em relação ao estudo feito, os animais são sujeitos de direito despersonalizados conforme o Projeto de Lei, reconhecendo que os animais não humanos possuem natureza jurídica “sui generis”, deixando assim de ser considerados como objetos. É um passo enorme em favor dos animais de estimação, bem como aos seus donos que consideram esses animaizinhos como entes familiares e lutam por seus direitos, mais precisamente em dissoluções matrimoniais que são usados para regulamentar os direitos dos cônjuges na regulamentação de guarda, visitas e alimentos dos pets, sendo um grande avanço a decisão proferida, reconhecendo a importância dos animais no cenário familiar

7. Considerações finais

Perante o exposto por meio deste trabalho e das especificidades apresentadas sobre o direito dos animais, nota-se que o tema discutido não é algo de interesse apenas de famílias multiespécies, mas sim de todo contexto jurídico e legislativo brasileiro. Ao longo dos anos os animais de estimação criaram seu espaço no mundo, conquistando os humanos através do afeto e carinho adquiridos na convivência do dia a dia, tanto é que vários projetos de lei tramitaram tanto nacionalmente quanto internacionalmente para que os animais domésticos ocupem o espaço na sociedade não de coisa ou semovente, mas com uma denominação própria e tipificada no cenário atual pleiteando por seus direitos, bem como os direitos dos casais que se auto titulam como “pais” desses animaizinhos, considerando-os como filhos para se resguardar quanto à guarda, visitas e aos alimentos.

Esse método de buscar uma tipificação ideal aos animais domésticos é essencial, pois muitas famílias os consideram como se filho fossem criando um enorme vínculo entre o casal e o animal, sendo que, caso aconteça a dissolução de casamento, união estável ou outra situação adversa, um dos donos não saia prejudicado, considerando que o vínculo é o mesmo para ambos.

Nos tempos atuais ainda é visível que os maus tratos aos animais ocorrem bastante, fazendo jus aos seus direitos assim como os seres humanos. O problema estrutural existente no Brasil refere-se aos cuidados com os animais domésticos, no qual não suprem as necessidades específicas dos bichinhos, muita das vezes não os colocando em um ambiente adequado para a sua sobrevivência ou até mesmo abandonando-os, sendo estes submetidos a situações degradantes e inapropriadas.

Por todo o exposto é notório que os animais merecem direitos assim como os seres humanos e mesmo que não consigam se comunicar de forma verbal eles se expressam de outras formas, e assim, estão acobertados pelos princípios fundamentais inerentes ao ser humano, mesmo que por analogia.

Por conseguinte, é importante ressaltar o dever do ser humano em dar atenção para a realidade enfrentada pelos denominados animais domésticos, a fim de minimizar os impactos que ocorrem e as dificuldades enfrentadas que estes seres têm em relação aos seus direitos pleiteados, que sejam reduzidas a ponto de não existir tanta crueldade, além de terem um ambiente saudável e longo para o desenvolvimento.

Portanto, insta salientar que o ordenamento jurídico necessita de uma legislação própria que trate a matéria de animais de estimação quando disputados em sede de divórcio ou dissolução de união estável, visto que inúmeros casos irão chegar ao judiciário e nem todos os aplicadores do direito terão a sensibilidade e trato necessário para lidar

com o assunto em comento, podendo surgir decisões irrelevantes e adversas com o que realmente a família multiespécie preceitua.

Referências

AGOSTINHO, M., & REBELO, L. **Família**: do conceito aos meios de avaliação. Revista Portuguesa Clínica Geral. nº 32, pp. 6-17. Lisboa, Portugal: Associação Portuguesa dos Médicos de Clínica Geral, 1988.

ALMEIDA, David Figueiredo. “Maus-tratos contra animais? Viro o bicho”: antropocentrismo, ecocentrismo e educação ambiental em Serra do Navio (AP). **Dissertação** (Programa de Pós-Graduação em Biodiversidade Tropical) - Universidade Federal do Amapá, 2010. Disponível em: <<https://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-123960/e034maus-tratos-contra-animais-viro-o-bichoe034--antropocentrismo-acocentrismo-e-educacao-ambiental-em-serra-do-navio-amapa>>. Acesso em: 22 abril 2021.

ANASTASIA, Antônio. **Projeto de Lei nº 3670/2015**. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2055720>>. Acesso em: 22 abril 2021.

BEHLING, Greici Maia; CAPORLINGUA, Vanessa Hernandez. **Animais Como Sujeitos de Direito**: Contribuições Da Educação Ambiental Transformadora. XVI Encontro Paraense de Educação Ambiental, 2017. Disponível em: <<http://www.epea2017.ufpr.br/wp-content/uploads/2017/05/749-E2-S4-ANIMAIS-COMO-SUJEITOS-DE-DIREITO.pdf>>. Acesso em: 11 maio 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 abril 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil de 2002**. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02>>. Acesso em: 25 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21 abril 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.713.167/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão**. J. 2018, p. 1. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/wp-content/uploads/2019/06/Revista-da-OAB-Cadernos-Jur%C3%ADdicos-Artigo-junho.2019-Thais.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2021.

BROTO, Thainara F. **Influência e Benefícios dos Animais de Estimação na Vida das Pessoas**. Psicólogo e Terapia, publicado em 12 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.psicologoeterapia.com.br/blog/infuencia-e-beneficios-dos-animais-de-estimacao-na-vida-das-pecoas/>>. Acesso em: 11 maio 2021.

CHAVES, Marianna. **Disputa de guarda de animais de companhia em sede de divórcio e dissolução de união estável: reconhecimento da família multiespécie**, 2016. Disponível em <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/4066/2788>>. Acesso em: 09 maio 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª edição - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª edição - Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FREITAS, Rose de. **Projeto de Lei do Senado nº 542, de 2018**. Senado Federal, 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>>. Acesso em: 22 março 2021.

GÊNESIS. In: **BÍBLIA. Sagrada Bíblia Católica: Antigo e Novo Testamentos**. Tradução: José Simão. São Paulo: Sociedade Bíblica de Aparecida, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil esquematizado**. 3 v. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro- Responsabilidade Civil**. 6 v. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Thales. **Senciência, guarda e pensão alimentícia: a proteção dos animais de estimação após o término do relacionamento dos respectivos donos.** JusBrasil, publicado em 2016. Disponível em: < <https://thbrancs.jusbrasil.com.br/artigos/381423990/senciencia-guarda-e-pensao-alimenticia-a-protecao-dos-animais-de-estimacao-apos-o-termino-do-relacionamento-dos-respectivos-donos>>. Acesso em: 22 abril 2021.

GORDILHO, H. J. S. **Abolicionismo animal.** Salvador: Evolução, 2008.

GUIMARAES, Thais. **Animais de estimação: coisas ou integrantes da família?** Publicado em 05 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/305759/animais-de-estimacao--coisas-ou-integrantes-da-familia>>. Acesso em: 22 abril 2021.

IZAR, Ricardo. **Projeto de Lei nº 6.054-D, de 2019.** Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrar-integra;jsessionid=4A1391F83979996BE461D6E7083D2120.proposicoesWebExtern01?codteor=1839353&filename=Avulso+-PL+6054/2019+%28N%C2%BA+Anterior:+PL+6799/2013%29>. Acesso em: 22 março 2021.

LIMA, Denilson de. **Qual a origem e o que mais a palavra ‘pet’ significa?.** Publicado em junho de 2010. Disponível em: <<https://www.inglesnapontadalingua.com.br/2010/06/qual-origem-e-o-que-mais-palavra-pet.html>>. Acesso em: 11 maio 2021.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Marco Aurélio de Souza e; BATISTA, Yann Almeida; ALVES NETO, Fausto Amador. Breves apontamentos acerca do destino do animal de estimação após a dissolução conjugal. **Revista Científica Semana Acadêmica**, ed. 83, v. 1, abr., 2016. Disponível em: <<https://semanaacademica.org.br/artigo/breves-apontamentos-acerca-do-destino-do-animaleestimacao-apos-dissolucao-conjugal>>. Acesso em: 09 maio 2021.

RODRIGUES, Danielle Tettü. **O Direito & Os Animais:** uma abordagem ética, filosófica e normativa. 2ª Edição - Revista e Atualizada, Juruá Editora, 1ª Reimpressão, 2009.

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha. **A família na atualidade:** novo conceito de família, novas formações e o papel do IBDFAM (instituto brasileiro de direito de família). Universidade de Tiradentes - Aracaju- SE, 2015. Disponível em: <<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1649/TCC%20CLARA%20MODIFICADO.pdf?sequence=1#:~:text=Deste%20modo%2C%20o%20que%20se,chegada%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201988>> . Acesso em: 09 maio 2021.

SANTOS, Isabella Bertelli Cabral dos. Por que gostamos de nossos cachorros? In: **Psique Ciência & Vida**. São Paulo: Editora Escala, 2008, v.32, p.20-25. Disponível em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/read/14874293/por-que-gostamos-de-nossos-cachorros-instituto-de-psicologia-da->>. Acesso em: 22 março 2021.

SANTOS, Junieber Ramos; SIMÃO, Renata Domingues de Oliveira. **A Proteção aos animais no Brasil:** objetos ou sujeitos de direitos? JusBrasil, publicado em 2020. Disponível em: <<https://junieberamos.jusbrasil.com.br/artigos/793056784/a-protecao-aos-animais-no-brasil-objetos-ou-sujeitos-de-direitos>>. Acesso em: 11 maio 2021.

SILVA, Camilo Henrique. **Animais, Divórcios e Consequências Jurídicas**. Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Corumbá-MS, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/interthesis/article/view/1807-1384.2015v12n1p102>>. Acesso em: 22 mar. 2021.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito animal e ensino jurídico:** formação e autonomia de um saber pós-humanista. Repositório Institucional Universidade Federal da Bahia, 2014. Disponível em: < <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15284> >. Acesso em: 22 mar. 2021.

SIMÃO, José Fernando. **Direito dos animais: Natureza jurídica. A visão do direito civil**. RJLB, Ano 3, 2017, nº 4, p. 908. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0897_0911.pdf> . Acesso em: 09 maio 2021.

Capítulo 19

Criminalização da homofobia: competência legislativa ou dever judiciário?

*Lucas Emanuel da Silva Moreira
Max Tomé Leal
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual ele foi à base central para a criação dos outros princípios. Nesse contexto, a constituição trouxe que todos são iguais perante a lei em deveres e direitos, independentemente de quaisquer atribuições sociais, seja por sexo, crença, raça ou gênero.

Diante disso, os homossexuais, mesmo após a promulgação da carta magna de 1988, não conseguiram o respaldo jurídico que proporciona uma sensação de proteção. Dessa maneira, nem mesmo após 30 anos da constituição (2018), o Congresso Nacional aprovou uma lei ou uma tipificação penal para a homofobia, restando claro o descompromisso com o público LGBT.

Todavia, no ano de 2006 uma proposta foi colocada em pauta na Câmara dos Deputados, a PL 122, que também é conhecida como Projeto de lei 122. O polêmico projeto de lei apresentado pela então deputada Iara Bernardi, tinha por objetivo criminalizar a homofobia no país.

Com esse Projeto de Lei, a deputada visava tornar a homofobia crime e, para quem praticasse, haveria pena, que seria uma forma de inibir e evitar a reincidência. Conquanto, o projeto de lei foi arquivado, deixando mais uma vez os homossexuais sem uma lei que os protegesse.

Nesse contexto, após anos de omissão tanto do Congresso quanto do Senado, o Supremo Tribunal Federal (STF), determinou que a homofobia se torne crime no Brasil, e equiparou a prática da homofobia com o crime de racismo.

Nesse diapasão, crimes de ódio contra integrantes da população LGBT se tornaram inafiançáveis e imprescritíveis, a partir do dia 13 de junho de 2019, um grande feito para o público LGBT, respaldando-se na ordem constitucional de punir qualquer forma de preconceito.

Todavia, após a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que equiparou o crime de homofobia ao de racismo, várias foram às indagações a respeito dessa decisão. Haja vista que não é função do judiciário legislar, apenas interpretar as leis que são criadas pelo poder legislativo.

Visto que, no Brasil o legislativo tem função primordial na elaboração e revisão do conjunto de leis que rege a vida das pessoas e o funcionamento do Estado. Sendo assim, a criminalização da homofobia, seria de competência do Legislativo ou dever do Judiciário? A omissão do legislativo seria condição para o judiciário legislar? É dever do judiciário criminalizar a homofobia? Isto posto, cabe analisar no caso em tela, a fim de concluir se o Judiciário, nesse caso, poderia legislar de forma a criminalizar a homofobia.

2 Da competência para legislar

No constitucionalismo, adotou-se a teoria da separação dos poderes, advindo de Montesquieu, sendo eles harmônicos e independentes entre si. Dessarte, o Legislativo cria leis, o Judiciário interpreta as leis como também julga de acordo com caso concreto e o Executivo cabe à administração do Estado.

Importante ainda é analisar o seguinte fato: “mas quem cria uma lei?” a resposta pode parecer óbvia, o povo, “o povo, mas como?” através de seus representantes eleitos periodicamente. Pois bem, a partir do momento em que se tem um judiciário que, sem a devida competência, legisla, há aqui uma grande e séria situação, tendo em vista que como já mencionado cabe aos representantes do povo a competência para legislar.

A problemática consiste em uma breve análise na competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF), haja vista um possível ativismo judicial, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção nº 4733, momento em que se considerou o Poder Legislativo omissivo quanto a criação legislativa no que tange à criminalização da homofobia.

Nesse contexto, o objetivo é fazer uma análise da competência do Supremo Tribunal Federal e verificar se a decisão judicial possibilitou a criação de um novo tipo penal. Vale lembrar que, de acordo com a Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo têm suas várias funções definidas no Título IV, Capítulo I do texto constitucional. Diante disso, percebe-se que as principais estão ligadas à criação de leis e também a fiscalização do Poder Executivo.

Nessa ótica, ressalta-se que o Poder Legislativo poderá ser exercido a nível nacional, sendo representado pelo Congresso Nacional e com atuação dos Deputados Federais e Senadores. A nível estadual, existem as Assembleias Legislativas, com a devida atuação dos Deputados Estaduais. E por fim, mas não menos importante, a Câmara Municipal, onde haverá a atuação dos vereadores dos municípios.

Desse modo, visando erradicar a prática da homofobia a nível nacional, ficará competente para elaborar a lei que criminaliza tal conduta, o Congresso Nacional. Visto que, o Congresso Nacional exerce sua função na elaboração de emendas constitucionais, leis complementares,

ordinárias e delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

Vale destacar que, para proporcionar maior segurança social, apenas nessa esfera é adotado o sistema bicameral. Momento em que o Senado e Câmara dos Deputados atuaram de maneiras distintas, mas com coerência e legalidade. Haja vista que cada casa possui um ofício específico e orçamentos distintos, mas buscando sempre o denominador comum no que diz respeito às aprovações legislativas.

Dessa maneira, para que um projeto seja aprovado, ele precisa ser votado e validado pelas duas casas. Portanto, fica evidente que compete ao Poder Legislativo Federal elaborar a lei que criminaliza a homofobia, além de fiscalizar os atos do Poder Executivo.

3 O processo legislativo

Em termos gerais, o Poder Legislativo é constituído por senadores, deputados federais, deputados estaduais e vereadores. De forma ampla, os mesmos serão responsáveis pela elaboração de novas leis. Conforme prevê o art. 59 da Constituição Federal de 1988, o processo legislativo compreende:

Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

- I - emendas à Constituição;
- II - leis complementares;
- III - leis ordinárias;
- IV - leis delegadas;
- V - medidas provisórias;
- VI - decretos legislativos;
- VII - resoluções. (BRASIL, 1988).

Com a separação dos poderes compete a cada um exercer suas funções típicas e atípicas, ao poder Judiciário foi atribuído às funções de

julgar e punir, não sendo previsto a prerrogativa de legislar. Nesse contexto, resta configurada a desarmonia dos poderes, visto que o STF é órgão do Poder Judiciário, conforme art.92, da Constituição Federal de 1988:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1988).

Entretanto, cabe ao legislativo, exercer através dos representantes eleitos pelo povo, a sua competência constitucional. Por outro lado, é necessário observar essas atuações judiciárias, pois conforme já apreciado cabe ao legislativo criar novas leis. Por fim, conclui-se que não caberia a um órgão do Poder Judiciário legislar no caso em tela, pois exerceu uma função atípica que não cabe a ele exercer tal função.

4 A origem da palavra homofobia

O termo homofobia foi nomeado por Weinberg, no ano de 1965, após ter testemunhado sua amiga lésbica sofrer um ato homofóbico. George Weinberg, psicólogo americano, definiu a homofobia como "o medo de estar perto de homossexuais". O trecho a seguir exemplifica um de seus pensamentos:

Eu nunca consideraria um paciente saudável a menos que ele superasse seu preconceito contra a homossexualidade", escreveu Weinberg no livro *Society and the Healthy Homosexual*. (WEINBERG, 1972).

Esse vocábulo teria sido utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos em meados dos anos 70 e, desde então na década de 90, teria espalhado pelo restante do mundo. O termo significa a repulsa ou mais precisamente o preconceito contra a homossexualidade e/ou os

homossexuais. A palavra fobia designa uma espécie de “medo”, e o ato de ter sido empregado nesse contexto é motivo de análise entre alguns teóricos com relação ao emprego da palavra. Desse modo, percebe-se que não é viável resumir tal conceito a esse significado.

A homofobia, assim como as demais formas de preconceito, é uma atitude que visa colocar a outra pessoa, no caso, os homossexuais, em condição de inferioridade ou anormalidade, baseado na lógica de domínio dos heterossexuais como padrão social. Nesse contexto, no decorrer da história, inúmeras foram as denominações usadas para designar os homossexuais, reluzindo sempre o caráter preconceituoso das sociedades que ressaltam determinados termos como aberrações ou perversões sexuais.

Dessa maneira, entende-se a complexidade do fenômeno da homofobia que é compreendida desde a conhecidos “preconceitos” até ações como violência e assassinato. Vale ressaltar que, a problemática não se resume a comunidade homossexual, ou seja, compreende também a discussão na esfera pública, uma vez que o artigo em tela busca a luta por direitos.

Nessa ótica, frisa-se que vários comportamentos homofóbicos derivam justamente do medo da equivalência de direitos entre homossexuais e heterossexuais, visto que isso significaria, de certo modo, desestruturar a hierarquia sexual estabelecida, como já discutido anteriormente.

Portanto, entende-se que a termo homofobia compreende duas esferas fundamentais: de um lado o cunho afetivo, a repulsa ao homossexual; no outro, a dimensão cultural onde o objeto de preconceito é a homossexualidade como um fenômeno social, e não o homossexual como indivíduo.

5 A homossexualidade segundo a Constituição Federal de 1988

Assim como os demais textos constitucionais, a Carta Magna promulgada em 1988, conforme fundamentado por Silva e Bornia (2009, p. 40) reluz a previsão legal dos direitos e garantias fundamentais. Importante frisar que a Constituição Federal de 1988 inovou em relação aos demais textos constitucionais, haja vista que priorizou os direitos fundamentais antes mesmo de tratar sobre a organização do estado de direito.

Conforme o artigo 5º, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nesse contexto, e de acordo com Moraes (2005) a expressão residentes no Brasil é entendida no sentido de que a Constituição Federal de 1988 só poderá assegurar os direitos fundamentais dentro do território brasileiro, estando incluso o estrangeiro que circula em território brasileiro. Quanto aos direitos fundamentais, D'Agostin Machado (2012) afirma que: “Os direitos fundamentais possibilitam a realização da democracia, que por sua vez, reafirma e amplia o quadro dos direitos fundamentais”. (D'AGOSTIN MACHADO, 2012, p. 345).

Embora a carta magna não deixar exposto a não discriminação pelo motivo de orientação sexual, e de acordo com Silva e Bornia (2009, p.41) a Constituição não enumera os direitos fundamentais, o que poderá através de uma interpretação do texto, abrir prerrogativas para proteger direitos implícitos, ou seja, que não estão expressos no texto legal, tendo em vista que os princípios fundamentais que regem uma democracia são a igualdade e a dignidade e não o tratamento desumano ou degradante.

O princípio da dignidade da pessoa humana se refere à garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, um valor intrínseco como um todo. É um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 1º, inc. III da Constituição Federal de 1988. Concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia do predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

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 sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2005, p. 16).

Dessa maneira, o ser humano poderá realizar suas devidas escolhas e isso deverá ser respeitado por todos, não podendo sofrer intervenções em suas preferências. Há também o princípio da igualdade ou o conhecido princípio da isonomia, que está consolidado na Carta Magna de 1988, esse princípio traz que todos os cidadãos têm o direito a um tratamento idêntico conforme reluz a Constituição Federal de 1988. Esse princípio tem por finalidade vedar discriminações absurdas e desproporcionais, pois segundo Alexandre de Moraes (2005), o tratamento desigual dos casos desiguais na medida em que se desiguam está intrínseco ao conceito de justiça.

Ainda nas palavras de Alexandre de Moraes (2005) este princípio trará uma limitação quanto ao legislativo e o executivo, haja vista que ele dificulta o tratamento diferente às pessoas em situações idênticas.

Portanto, irá obrigar que o operador do Direito ou o Magistrado aplique de maneira isonômica a lei ou o ato normativo, sem distinção por motivo de religião, sexo, raça ou classe socioeconômica.

Nesse sentido, o princípio da igualdade tem como premissa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais: “Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”. (NERY JUNIOR, 1999, p. 42).

E por último, mas não menos importante, a Constituição ainda prevê o não tratamento desumano ou degradante. Nesse contexto, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante, visto que esse princípio está intimamente ligado ao direito à vida, que segundo os fundamentos de Moraes (2005) possui um duplo sentido, o primeiro está ligado com o direito à vida, já o segundo consiste no direito de ter uma vida digna quanto a subsistência.

Portanto, fica evidente que quaisquer atos discriminatórios, ainda que indiretamente contra a vida e a honra, deverão ser passíveis de punição frente ao ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, Silva e Bornia (2009, p.42) assevera que toda pessoa, na qualidade de ser humano, tem o direito de ter a sua dignidade respeitada da maneira mais ampla possível.

6 Uma população cada vez maior

Em um país democrático de direito, que adota o princípio da dignidade da pessoa humana, no artigo 1º, inciso III, outrossim, assegura direitos e garantias resguardados no artigo 5º de sua Constituição, como os incisos I e XL, que averigua a todos serem tratados em igualdade uns perante aos outros, bem como que a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades individuais.

Resta à indagação, se o Brasil é um país livre, que assegura a todos direitos e garantias fundamentais, que, caso violados, serão punidos pela lei, como os Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais, poderiam se sentir resguardados se não há uma lei para protegê-los. Embora a Constituição Federal de 1988 tenha completado 30 anos em 2018, nesses anos, foram criadas leis de proteção a idosos, crianças e mulheres. Mas a comunidade LGBT ficou a par de uma tipificação penal. Dessa maneira, resta claro que, a comunidade LGBT vem crescendo e com isso tornaram-se vítimas de diversos tipos de violência. No Brasil, o Grupo Gay da Bahia, funciona como uma associação de defesa dos direitos humanos da comunidade LGBT, fundada em meados dos anos 80, é considerada a mais antiga e atuante no território brasileiro.

Diante disso, fica claro que sem a devida aprovação de uma lei para punir autores que pratiquem atos discriminatórios ou que propaguem palavras de ódio contra os homossexuais, o índice de homicídios e agressões irá disparar ano após ano. Sendo assim, após a mora do Poder Legislativo, coube ao Poder Judiciário a função mais que atípica de legislar. Pois o público LGBT, necessita de uma forma eficaz para coibir tais condutas discriminatórias e que assegure mais proteção aos homossexuais.

7 Homofobia imprescritível e inafiançável?

Como previsto na Lei nº 7.716/1989, a prática de racismo consiste em crime imprescritível e inafiançável. Além disso, prescreve punição de um a cinco anos de prisão e também há previsão de penas alternativas fora do sistema penal. Nesse contexto, vale lembrar que a grande maioria dos crimes há um prazo decadencial, para que a vítima represente após a descoberta de quem praticou a infração penal, sendo esse um prazo de 06 meses. Dessa maneira, a partir do momento em que a prática de

homofobia foi equiparada ao crime de racismo, ela também se tornou imprescritível, ou seja, pode ser levada à apreciação do judiciário a qualquer tempo. Conforme prevê o art.5º, inciso XLII da Constituição Federal de 1988:

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:

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; (BRASIL, 1988).

Desse modo, o que deve ser aqui considerado não é se um crime é pior ou não que o outro, mas o fato da homofobia se tornar imprescritível, tendo em vista que em nosso ordenamento jurídico existe apenas 02 casos de crimes imprescritíveis, sendo eles: o próprio racismo, bem como a ação de grupos armados contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Por fim, percebe-se que só é atribuída tal característica a crimes excepcionais, sendo essa conduta muito arriscada e não sendo necessária para tentar diminuir os atos de homofobia.

8 Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26/DF

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão possui fulcro no art.103, § 2º, da Constituição Federal de 1988, o seu procedimento possui previsão legal com base na Lei nº 9.868/99, e a redação da Lei nº 12.063/09 que estabelece a disciplina processual.

O Partido Popular Socialista, PPS, já até mesmo chegou a ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão contra o Congresso Nacional, alegando a omissão do congresso em não legislar sobre o

assunto, solicitou ao STF a devida posição sobre o tema até que o Poder Legislativo tome iniciativa e crie uma medida a respeito.

Nessa ação, o partido buscou que a prática de homofobia e transfobia fossem enquadradas como o crime de racismo, além disso, que fosse reconhecida a morosidade do Congresso Nacional, visto que é um dever editar uma legislação penal a qual punisse tais atos, e ainda que o Estado Brasileiro fosse responsabilizado civilmente a indenizar toda e qualquer vítima de tais atos.

Nesse diapasão, era esperado uma iniciativa para que o Congresso Nacional criasse uma proteção jurídica aos grupos minoritários, conforme é previsto em sua função constitucional.

É importante salientar que quando se ajuíza uma ação como essa, o que se busca é o reconhecimento de um direito fundamental, haja visto o quanto os grupos minoritários buscam ser tratados com igualdade e reconhecimento, algo que é fundamental e imprescindível para uma vida digna. Nesse sentido, a demanda por reconhecimento é componente essencial do conceito jurídico e filosófico do princípio da igualdade. Partindo dessa premissa, o art.3º, IV, da Constituição Brasileira, prevê:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
IV - Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Nancy Fraser, notável pensadora que se dedica ao estudo das reivindicações do reconhecimento e da redistribuição social afirma que “o reconhecimento cultural desloca a redistribuição material como medida para sanar as injustiças e a luta por reconhecimento se torna a forma paradigmática de conflito, fazendo com que a dominação cultural suplante a exploração como injustiça fundamental (FRASER, 2001, p. 245). “

Nesse contexto, percebe-se que a transformação cultural é fundamental para que ocorra a redução das desigualdades sociais. Visto que as vítimas das injustiças sociais não são as classes identificadas pelos marxistas, que são definidas pelas relações de produção, mas os “grupos de status” segundo a teoria weberiana, que segundo essa teoria os grupos se distinguem pelo fato de terem menor estima social.

No mundo contemporâneo, os direitos relativos à orientação sexual e à identidade de gênero, são vistos como o mecanismo essencial para a dignidade e humanidade da pessoa humana. Tendo em vista que, essa Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF tem por obséquio tutelar os grupos minoritários diante de atos de violência, do assédio, da discriminação, da exclusão social, da estigmatização e de qualquer preconceito dirigido contra esse público em virtude de sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Dessa maneira, criminalizar condutas e atos discriminatórios não é só um importante avanço jurídico, mas também obrigatório, visto que a Constituição Federal de 1988 dispõe clara criminalização, conforme reza o art. 5º, XLI, “a lei, punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos a liberdades fundamentais”. (BRASIL, 1988). Desse modo, a Carta Magna ao recomendar o mandado de criminalização no seu art. 5º, XLI, afirma o valor da vida das pessoas que contrariam a heteronormatividade e a cisgeneridade, bem como confia na eficácia punitiva do Direito Penal. Portanto, conforme afirmou o Ministro Celso de Mello, houve a omissão na análise do Projeto de Lei 122/2006, restando comprovada a mora legislativa e inconstitucional na criminalização da homofobia.

E, nesse sentido, conforme as palavras do Ministro Celso de Mello, “a omissão na análise do Projeto de Lei 122/2006, contraria frontalmente a Constituição. Dessa maneira, entendo estar configurada a mora legislativa inconstitucional a criminalização específica da homofobia e transfobia.”.

9 Mandado de injunção nº 4733

O Mandado de Injunção encontra respaldo na própria Carta Magna, em se artigo 5º, LXXI, o qual traz que:

Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. (BRASIL, 1988).

Percebe-se que é através dele que direitos garantidos pela Constituição são exercidos quando há no ordenamento jurídico a falta de uma norma ou lei. Ou seja, com o Mandado de Injunção é possível solucionar uma omissão, tendo em vista que a constituição assegura direitos e deveres, sendo que esses deverão ser regulamentados para que possam ser gozados.

Portanto, pode-se concluir que com o Mandado de Injunção nº 4733, o Partido Popular Socialista, PPS, buscava meramente demonstrar o quanto o Congresso Nacional foi omissivo, haja visto que já se passaram anos e nada foi realizado no sentido de criminalizar a homofobia e fazer valer o que a Constituição assegura, que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção que seja, artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com isso, ainda foi solicitado que o Supremo desse um prazo para a aprovação de lei criminal a qual puna qualquer ato que se demonstre pautada na orientação sexual, bem como que o Congresso Nacional fosse declarado omissivo, por não ter inovado no ordenamento Jurídico com uma lei que criminalizasse a homofobia.

10 Mandado de criminalização

Outro ponto a ser destacado foi como o Legislativo não se atentou ao Mandado de Criminalização no que se refere a homofobia e a transfobia. Nesse contexto, o Mandado de criminalização é uma ordem para que se criminalize determinadas condutas, assim, pode-se verificar que na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLI, traz que: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, 1988).

Sendo assim, percebe-se que a Carta Magna prevê que na ocorrência de algumas atitudes que forem reprováveis pela comunidade e trazerem sofrimento ou diminuição que afete as liberdades fundamentais, essa atitude venha a ser criminalizado, o que garantirá, que nenhum direito venha a ser violado.

Por fim, mais uma vez fica evidente que, mesmo com uma previsão na Constituição Federal de 1988 de que nenhuma liberdade fundamental poderá ser mitigada e, caso venha a ocorrer, o Legislativo terá o dever de amparar tal conduta, entretanto, não foi o que ocorreu.

11. Considerações finais

Através dos elementos demonstrados, foi possível analisar os motivos que levaram a criminalização da homofobia pelo Poder Judiciário, tendo em vista a omissão do Poder Legislativo em relação ao projeto, que perdurou por anos.

Ademais, como forma para sanar o problema social, a medida mais adequada para o momento foi equiparar a homofobia ao crime de racismo. Pois, após o STF criminalizar a homofobia, restou comprovado que essa foi uma atitude de *ultima ratio*. Nesse sentido, houve a inclusão da prática da homofobia no crime de racismo, ficando ausente de uma lei propriamente dita para obedecer ao procedimento formal e material.

Devido a isso, o Congresso Nacional não exerceu seu papel constitucional, pois os devidos representantes do povo foram omissos e inertes na resolução da problemática social.

Outro fator que foi possível realizar uma breve análise, está relacionado ao quesito de esse ato discriminatório ser imprescritível e inafiançável. Visto que, essas medidas são utilizadas em crimes com características específicas e não contribuirá efetivamente para diminuir tais atos discriminatórios.

Nesse contexto, mesmo após os 33 anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, a comunidade LGBT estava carente de um amparo legal que punisse os ataques homofóbicos. Com isso, o Judiciário ao se deparar com tamanha omissão Legislativa, em junho de 2019, determinou que todo tipo de discriminação por orientação sexual e identidade de gênero fossem criminalizados.

Sendo assim, a medida do STF foi tentar tratar os desiguais na medida das suas desigualdades, até um momento oportuno para que o Poder Legislativo se pronuncie e coloque em pauta o tema, haja vista que esse público precisa de uma tipificação penal. Portanto, conclui-se que, como demonstrado, não seria função do Judiciário criminalizar a homofobia, mas quando se passa anos e mais anos e não há qualquer medida do Legislativo para a criminalização de tais atos, não restará alternativa ao Judiciário, senão criminalizar a homofobia.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/compilado.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.716**, de 06 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Diário Oficial da União Brasília, DF. 06 de janeiro de 1989; Seção 1.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122**, de 2006. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 24 abril 2021.

BORRILLO, Daniel. **Homofobia: história e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2010.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação SEDH. **Brasil sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: SEDH, 2008.

CONSELHO Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia: Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

D'AGOSTIN MACHADO, T. L. **A perspectiva democrática da criminalização da homofobia: o sentimento constitucional e a imperatividade da não discriminação**. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, 2012.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. In: SOUZA, Jessé (Org.). Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

JUSBRASIL. **Número de brasileiros homossexuais**. Disponível em: <<https://espacovital.jusbrasil.com.br/noticias/145829/estimativa-aponta-que-numero-de-brasileiros-homossexuais-ja-chega-a-17-9-milhoes>>. Acesso em: 28 set, 2019.

JUSBRASIL. **Ação Declaratória de Omissão 26/DF**. Disponível em: <<http://www.stf>.

jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf >. Acesso em: 24 abril 2021.

JUSBRASIL. **Mandado De Injunção 4733**. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24353944/mandado-de-injuncao-mi-4733-df-stf>>. Acesso em: 05 abril 2021.

JUSBRASIL. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 26/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=423925>>. Acesso em: 05 abril 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2005.

NERY JÚNIOR, Néelson. **Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SILVA, R.; Bornia, J.P. **Homofobia: A discriminação por Orientação Sexual e a Legislação Penal Brasileira**: Revista Cesumar - Ciências Humanas e Sociais Aplicadas v. 14, n. 1, jan./jun. 2009.

WEINBERG, G. **Society and the healthy homosexual**. New York: St. Martin's Press, 1972.

CHEVALIER, Ronaldo. **ABGLT Propõe atos contra Homofobia no Brasil**. Grupo dignidade, 2017. Disponível em: <<https://grupogaydabahia.com.br/relatorios-anuais-de-morte-de-lgbti/>>. Acesso em: 24 abril 2021.

Capítulo 20

Alienação parental do idoso: como combatê-la?

*Gustavo Fernandes de Albuquerque
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas*

1 Introdução

A alienação parental, mormente comentada no presente artigo, vem sofrendo transformações em conjunto com a evolução da família brasileira, que trouxe uma necessidade de normatizar e melhorar um diploma civilista que, embora tenha sido criado no ano de 2002 tendo como base a constituição federal de 1988, já vem apresentando falhas e algumas matérias que não foram tratadas como a alienação parental Inversa, assunto de extrema importância no direito das sucessões e no direito de família e que será abordado no presente artigo, destacando a importância e a consequência psicológica com a falta de uma lei específica para tratar das consequências, coerções e mais especificadamente sobre o tema.

Para corroborar com as afirmações expostas, serão utilizadas pesquisas realizadas com inúmeras doutrinas dos mais variados especialistas em direito civilista brasileiro, legislações federais, diplomas civilistas, decisões de tribunais pátrios superiores, jurisprudência, dentre outros.

A necessidade de combater a alienação parental inversa é um assunto que precisa ser mais tratado, seja em artigos, jurisprudência, criação de uma legislação especial para tratar especificadamente sobre o assunto e, para combatê-la, conforme será exposto no presente artigo, há a necessidade atualmente de o jurisdicionado aplicar a analogia com a

Alienação parental, conforme a lei n.º 12.318/2010, sancionada pelo então presidente da Época: Luiz Inácio Lula da Silva.

Por fim, a Alienação parental inversa ocorre em diversos lares e está presente no convívio da família brasileira. Ela ocorre porque as pessoas muita das vezes desconhecem o instituto e ignoram as consequências que podem sofrer seja através de aplicações de multas, sanções penais e exclusão do herdeiro por indignidade.

O presente artigo visa realizar uma comparação entre a Alienação praticada entre pais com os filhos e demonstrar através de leis, doutrinas e jurisprudência que ocorre uma falha no ordenamento jurídico para tal questão e necessita ser mais discutido para erradicar a prática e punir o agente causador com sanções financeiras e administrativas razoáveis para finalizar de vez com a prática que afeta a maioria das famílias brasileiras.

2 A evolução do direito de família brasileiro

O direito de família brasileiro começou a surgir há vários anos, sendo amparado pelo Código Civil 1916, que vigorou até o ano de 2002. Estatuía um modelo patriarcal, no qual o homem era o centro da família e a família era constituída pelo modelo tradicional, homens casados com mulheres e seus filhos.

Neste sentido, as famílias constituídas fora do casamento ou do mesmo sexo eram consideradas ilegítimas e não possuíam todos os direitos em que a denominada família tradicional possuía. Não eram observados os princípios basilares da constituição, seja ele o princípio da dignidade da pessoa humana; igualdade entre os filhos (filhos havidos fora do casamento eram considerados bastardos e muitas vezes não possuíam o direito sobre a herança) entre outros princípios que serão abordados oportunamente.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 trouxe consigo um capítulo inteiro especialmente para proteger a família, que antes era fragilizado por não haver uma lei que amparasse. Nesta perspectiva, o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 estatuiu que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.” Além disso, o artigo 227¹ dispõe sobre os deveres da família:

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. (BRASIL, 1988).

Ou seja, a constituição da república veio para normatizar e amparar todos os direitos que antes eram fragilizados no Código Civil. Neste diapasão, O novo direito civil, diploma que dispõe sobre o direito de família teve como origem a Constituição Federal de 1988, conforme diz Maria Berenice Dias:

Grande parte do Direito Civil está na Constituição, que acabou enlaçando os temas sociais juridicamente relevantes para garantir-lhes a efetividade. A intervenção do Estado nas relações de direito privado permite o revigoramento das instituições de direito civil e, diante do novo texto constitucional, forçoso ao intérprete redesenhar o tecido do Direito Civil a luz da nova constituição. (DIAS, 2010, p. 68-69).

¹ BRASIL, 1988, Constituição Federal, artigo 227.

¹ DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33.

Destarte, foram criados vários princípios para proteger à família, casamento, a criança e a pessoa humana. São eles: Princípio de Proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1^a, III, da CF/88); Princípio da Solidariedade Familiar (art. 3^o, I, da CF/88); Princípio da igualdade entre os filhos (art. 227, §6^a da CF/88 e art. 1596 do Código Civil); Princípio da igualdade entre os cônjuges e companheiros (art.226, § 5^a da CF/88 e art. 1511 do Código Civil); Princípio da igualdade na chefia familiar (arts. 1566, Inciso III IV, 1634 do Código Civil e artigo 226 § 5^a e 7^a da CF/88); Princípio da não intervenção ou liberdade (artigo 1513 do Código Civil); Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art.227, *caput*, da CF/88 e arts. 1583 e 1584 do Código Civil); Princípio da Afetividade; Princípio da Função Social da Família; Princípio da boa-fé objetiva.

Esses princípios mencionados visam, em síntese, proteger à família e amparar juridicamente todos os seus direitos para que eles não sejam infringidos e caso aconteça, existem os princípios com os seus respectivos dispositivos para induzir ao magistrado a julgar e determinar o que for de melhor para a família e para a criança. Por fim, conclui que desde 1916, ano em que o primeiro código foi criado e os dias atuais, o Código Civil e o Direito de Família vêm sofrendo constantes alterações e modificações junto com a modernização da família, criando institutos para amparar o casamento homoafetivo, a união estável, a família monoparental, dentre outras evoluções que a sociedade sofreu e o Código Civil bem como o Direito de família estão para contribuir e andar lado a lado com a população.

2.1 A afetividade como um elemento fundamental das famílias

Inicialmente, o princípio da afetividade, embora não esteja explícito no ordenamento jurídico brasileiro, é um elemento basilar para a formação e construção da família. No antigo Código Civil de 1916, o afeto

não era considerado um elemento para a construção da família. No entanto, o Código Civil de 2002 veio para mudar a concepção de família patriarcal, onde o homem seria o centro e eram formados pela família tradicional em que era constituída através de matrimônio ou da união de fato de um casal, no qual ambos possuíam filhos.

Lado outro, após a constituição de 1988 e a publicação do Código Civil de 2002, foi destacado os vínculos afetivos, que conduzem a formação da família. Nessa toada, a família socioafetiva vem tomando prioridades tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Em verdade, a família pode ser constituída apenas com a demonstração de afeto, necessário se faz lembrar a família monoparental, que é ligada por apenas um dos pais da criança e já está amparada na constituição federal, no artigo 226: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.”

Consequentemente, os filhos adotivos são incluídos, e protegidos pelo artigo 1.596 do Código Civil, pois mesmo que não ocorra o parentesco consanguíneo, há o princípio do afeto que vem sendo abordado neste artigo “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Tanto mais que, Maria Berenice Dias ensina:

O novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira de evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo o valor jurídico ao afeto. Como diz João Batista Villela, as relações de família, formais ou informais, indígenas ou exóticas, ontem como hoje, por mais complexas que se apresentem, nutrem-se, todas elas, de substâncias triviais e disponíveis

a quem elas queiram tomar afeto, perdão, solidariedade, paciência, devotamento, transigência, enfim, tudo aquilo que, de um modo ou de outro, possa ser reconduzido à arte e à virtude do viver em comum. A teoria prática das instituições de família depende, em última análise, de nossa competência em dar e receber amor. Assim, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, inevitavelmente, rege todas as relações jurídicas reguladas pela legislação infraconstitucional, de qualquer ramo do direito, e principalmente, do direito de família, já que “é um ramo do direito civil com características peculiares, é integrado pelo conjunto de normas que regulam as relações jurídicas familiares, orientado por elevados interesses morais e bem-estar social. (DIAS, 2010, p. 68-69).

Neste sentido, afirma Flávio Tartuce,

Afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares. (TARTUCE, 2014).

Incontestavelmente, a Constituição e o Código Civil estão presentes para amparar todos os tipos de família e demonstrar que o princípio mais importante para a constituição delas é o afeto, sem ele não há possibilidade alguma de constituir a família. Portanto, o afeto é inerente ao ser humano e bastante relevante como o princípio tácito da constituição: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e já resta comprovado que o afeto vai além do vínculo consanguíneo, pode-se ter com qual ente com personalidade e é importantíssimo que tanto a constituição quanto os diplomas civilistas, direitos humanos, dentre outros, normatizem e amparem a formação da família de acordo com a transformação e atualização do princípio da afetividade.

3 A alienação parental e seus efeitos jurídicos

A Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010, que foi promulgada pelo então presidente da época Luiz Inácio Lula da Silva, veio para normatizar algo que já era recorrente no Brasil. A denominada alienação parental. Esta Lei tem o objetivo de tentar de alguma forma coibir a alienação parental praticada por um dos genitores, pelos avós ou pelos responsáveis que tenham sob a criança o dever de guarda e vigilância.

A primeira observação recai quando houver quais indícios de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, as medidas provisórias necessárias para a preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, além de assegurar a sua convivência com o genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso, conforme está disposto no artigo 4^a da referida lei.

Esta ação é bastante recorrente em famílias espalhadas por todos os cantos do Brasil e desconhecida. É muito comum se deparar com casais que brigam pela guarda do filho e acabam difamando, denegrindo e manchando a reputação do ex-cônjuge, com o intuito de afastá-lo da convivência para romper os laços afetivos. Dispõe o artigo 2^a da referida Lei:

Art. 2^a: Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros: I - realizar campanha de

desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade; II - dificultar o exercício da autoridade parental; III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor; IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar; V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010).

Este artigo supracitado deixou bem claro o que pode caracterizar a alienação parental, foi taxativamente transcrito uma série de condutas que podem ensejar a alienação parental para levar tanto o julgador quanto o cônjuge que possa estar sofrendo esta difamação buscar a reparação e requerer que o judiciário tome a medida necessária para coibir tal prática. Após a apuração pelo judiciário de todas as condutas típicas da alienação parental e praticadas pelo agente coator, caberá ao magistrado aplicar as seguintes sanções:

Art. 6ª: Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso: I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizada mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar. (BRASIL, 2010).

Conforme ensina o importante jurista civilista Carlos Roberto Gonçalves: “A lei de alienação parental tem mais um caráter educativo, no sentido de conscientizar os pais, uma vez que o judiciário já vinha tomando providências para proteger o menor, quando detectado um caso da aludida síndrome” (GONÇALVES, 2012, p. 307). Neste sentido, menciona o mesmo autor, Carlos Roberto Gonçalves que há uma jurisprudência proferida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e que ficou famosa por:

Decidir pela suspensão de visitas ao pai do menor que estava praticando a Alienação Parental e aduziu que o pai da criança precisava de tratamento psicológico. Consta no processo que a mãe, ao buscar o filho na creche, teve a criança retirada de seus braços pelo pai, de forma violenta, e, depois disso, ficou durante cinco anos sem ter informações sobre o paradeiro do menor. Durante este período, o pai passou à criança conceitos distorcidos sobre a figura materna, para obter a exclusividade de seu afeto. Com a rejeição da mãe e a manutenção do seu paradeiro em segredo. Após localizar a criança com o auxílio de programas de TV, a mãe obteve a sua guarda provisória e teve conhecimento de que, para não ser encontrado, o pai mudava-se constantemente, tendo passado pela Argentina, Paraguai e Chile, além das cidades de São Paulo e Barra Velha, em Santa Catarina. (GONÇALVES, 2012, p. 308).

Segue abaixo a ementa da decisão proferida pelo Relator da segunda Câmara de Direito Civil, Nelson Schaefer Martins, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

ACÇÃO DE REVISÃO DE GUARDA. SENTENÇA QUE INVERTEU A GUARDA DA MENINA EM FAVOR DO PAI SOB FUNDAMENTO DE ALIENAÇÃO PARENTAL POR PARTE DA GENITORA. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE PROVA DIANTE DA NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DAS PARTES QUANTO AO ESTUDO SOCIAL E AO LAUDO PSICOLÓGICO PRODUZIDOS AFASTADA. JUIZ DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 130. ACERVO PROBATÓRIO QUE INDICA A PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA MÃE. ESTUDOS SOCIAIS E LAUDOS PSICOLÓGICOS QUE DEMONSTRAM A POSSIBILIDADE DO GENITOR DE EXERCER A GUARDA DA FILHA. PREVALÊNCIA DOS INTERESSES DO MENOR. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 227. MANUTENÇÃO DA GUARDA DEFERIDA EM FAVOR DO PAI. DETERMINAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA QUE OS GENITORES SEJAM SUBMETIDOS A ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, ART. 129, III. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SC - AC: 534117 SC 2010.053411-7, Relator: Nelson Schaefer Martins Data de Julgamento: 22/08/2011, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages).

Portanto, conclui-se que a alienação parental não está totalmente desemparrada e há uma Lei nº 12.318, mesmo que seja apenas de carácter educativo para normatizar e conscientizar o agente coator e tentar coibir a prática. Jurisprudências de diversos tribunais superiores vêm decidindo pelo melhor interesse da criança e de quem está passando pela dificuldade de ser denegrida e difamada para garantir a exclusividade do afeto da criança.

3.1 Conceito de alienação parental e síndrome da alienação parental

Segundo o jurista Carlos Roberto Gonçalves “[...] A expressão alienação parental foi utilizada por um psiquiatra americano chamado Dr. Richard Alan Gardner, e ocorreu no ano de 1985 ao se referir às ações de guarda de filhos nos tribunais norte-americanos em que ou a mãe ou o pai

do menor o induzia a romper os laços afetivos com o outro cônjuge (“*Parental Alienation Syndrome*”). O vocábulo inglês significa criar antipatia paterna” (GONÇALVES, 2012, p. 305). Neste mesmo sentido, o artigo 2^a da Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010 conceitua a alienação parental:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010).

A criança, idoso ou quem quer que seja a parte frágil da relação, quando sofre este abuso pode sofrer danos psicológicos graves, podendo até viver com isso a vida inteira. As pessoas que sofrem de alienação parental podem apresentar tristeza, ódio do pai/mãe ou quem quer que seja que foi difamado pelo terceiro, angústia, sentimento de insegurança, depressão e até mesmo suicídio.

Havendo quaisquer indícios de ocorrência da alienação parental, o juiz deverá agir de ofício, em qualquer momento processual, nomeando uma perícia psicologia ou biopsicossocial para determinar o que for melhor para o convívio da criança que sofreu com este trauma, conforme preceitua o artigo 5^a da Lei 12.318: “Art.5^a: Havendo indício da prática de ato de alienação parental, em ação autônoma ou incidental, o juiz, se necessário, determinará perícia psicológica ou biopsicossocial”.

A alienação parental é comumente ocorrida e possui certo interesse por de trás de tal ação. A separação ou o divórcio de um casal gera um sentimento de ódio e desprezo entre ambos os cônjuges e, quando os casais possuem filhos, eles são o que mais sofrem com este acontecimento. O

sentimento de vingança faz com que um dos pais, avós ou quem quer que seja comece a ter condutas e diálogos com a criança que fazem com que ela tenha um sentimento de ódio e rancor e não queira nem mesmo visitar ou ver o seu próprio pai.

Esta conduta é também aplicada inversamente, onde filhos que possuem certo interesse na herança dos pais começam a fazer difamações contra seus irmãos para criar um sentimento de ódio e raiva em seus pais e fazem com que eles até excluam seus próprios filhos do testamento e não deixem nenhuma herança. O advogado Rolf Madaleno, especialista em Direito de Família e Sucessões e professor nas principais instituições de ensino do país, membro do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito conceitua a Síndrome de alienação parental da seguinte maneira:

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância caracterizado pela doutrinação do menor, usualmente por parte do genitor guardião, a fim de alienar o outro progenitor da vida da criança. Essa síndrome se inicia com uma campanha que visa denegrir a imagem do pai ou da mãe, geralmente aquele que não possui a guarda, até que o infante possa contribuir espontaneamente com os insultos, que, por sua vez, são injustificados ou exacerbados. O genitor que sofre a alienação passa a ser visto como um estranho, que fará mal a seu filho. Nessa campanha, o genitor alienante utiliza-se de todos os meios para obstaculizar as visitas e programar o ódio na criança, inclusive com ameaças de abandono ou falsas denúncias de abuso sexual – que são repetidas para o menor até que ele acredite ter realmente vivenciado o fato, as chamadas falsas memórias. É, portanto, uma forma de abuso emocional que visa à extinção dos vínculos afetivos entre o genitor alienado e sua prole, acarretando consequências nefastas para a vida futura de um ser em pleno desenvolvimento. (MADALENO, 2018, p. 9).

Consequentemente, ao analisar todos os conceitos tacitamente expressos na Lei brasileira e também conceitos elaborados por importantes doutrinadores brasileiros, pode-se concluir que a Síndrome

da alienação parental é comum no ambiente familiar brasileiro e é importante transcender este conhecimento para o maior número de pessoas possíveis, pois 90% das pessoas que não são leigas no direito e não possuem conhecimento nas leis e jurisprudências podem sofrer com este gravíssimo abuso e não saber como e nem onde recorrer.

4 A alienação parental do idoso: ações de prevenção e reparação

A alienação parental, conforme já conceituado e explicado no início do artigo, pode ocorrer tanto com genitores, avós ou algum responsável pela criança. Contudo, com o avanço do mundo e com o avanço da doutrina e jurisprudência, a alienação parental inversa, ocorrida com idosos é um fato bastante comum em todos os tribunais do Brasil.

O idoso, assim como a criança, é uma parte mais frágil da relação, ente de fácil manipulação onde a família manipula, para conseguir algo que deseja, seja herança, bens ou pecúnia. É possível se deparar com idosos que sequer sabem ler ou escrever, dado a escassez na educação antigamente. Por essa maneira, e pela idade avançada que faz com que a pessoa não tenha uma capacidade de discernimento, algumas pessoas agem de má-fé e tentam difamar um filho ou um possível herdeiro, apenas com o intuito de lucrar em cima disso.

É importante lembrar que a Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010 veio apenas para coibir a alienação parental ocorrida entre pais e filhos e não dispõe em nada da alienação parental inversa. O Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003 estatui sobre a vulnerabilidade e traz vários direitos. O rol taxativo do artigo 3ª da referida lei, dispõe sobre a obrigação da família de dar o máximo de proteção entre outros direitos:

Art. 3º: É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao

trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, 2010).

Contudo, esta lei também não dispõe em nada sobre a alienação parental, os Tribunais superiores vêm julgando por analogia à Lei nº 12.318, mas há uma necessidade enorme dos legisladores em elaborar uma Lei especificamente para este caso, há a necessidade também do Estado em criar publicidades e distribuir entre a população que é leiga no assunto de que este é um caso recorrente e que pode afetar e gerar graves danos para a família, danos financeiros, psicológicos pelo sentimento de que a própria mãe, que está sendo vítima de uma alienação não possui mais o afeto com o filho.

4.1 A vulnerabilidade do idoso e a alienação com o objetivo de vantagens

O idoso é um ente totalmente vulnerável perante a sociedade, esta vulnerabilidade ocorre tanto física ou psicologicamente. Considerando as limitações físicas e a necessidade de um apoio e cuidado maior psicológico da família, o idoso está totalmente na linha de vulnerabilidade para sofrer agressões físicas e psicológicas perante a família.

Em verdade, bastante se sabe que com o envelhecimento do ser humano, a capacidade cognitiva tende a diminuir com o passar dos anos. Isto é, a capacidade do ser humano de solucionar problemas novos, reconhecer atitudes de certas pessoas, bem como não menos importante, a inteligência emocional para aguentar e discernir certas críticas e/ou difamações praticadas por certos familiares para afetar a honra objetiva e a reputação com o intuito de auferir ganho em algum propósito.

Ademais, o indivíduo, que antes detinha o poder patriarcal, de chefe de família, com o passar dos anos e com o crescimento de seus filhos perde, perante a eles a posição de comando e de toda e quaisquer decisões que

poderiam ser decididas por ele, passam a ser solucionadas pelos seus filhos e a relação que antes era de subordinação modificará, passando então o poder de comando para os filhos. Neste sentido, conseqüentemente o idoso tornará cada vez mais dependente e os filhos passarão a ter a total responsabilidade física e afetiva pelos pais.

Um estudo realizado concluiu que nas famílias onde existe excesso de zelo, o idoso torna-se progressivamente dependente, sobrecarregando a própria família, com tarefas executadas para o idoso, ao qual, na maioria das vezes, ele mesmo poderia estar realizando. Este processo torna-se um ciclo vicioso e o idoso torna-se mais dependente. (MENDES, 2005). Aproveitando deste ciclo vicioso e desta dependência, somando com as possíveis doenças específicas do idoso como: Alzheimer, Parkinson, Esclerose Múltipla, Acidente Vascular Cerebral, que o fazem se tornar quase que 90% dependentes de seus parentes, a família, utilizando de má-fé, aproveita da situação narrada para auferir ganhos financeiros, seja em vida tentando pedir valores pecuniários fingindo estar passando por uma crise financeira, mentindo e enganando o idoso para auferir um ganho maior em cima de um ente que já está em situação de vulnerabilidade supra exposta.

Outrossim, vale a pena lembrar também que há uma hipnose por parte de algum herdeiro, utilizando-se de bastante má-fé e de meios ardilosos como injúrias e difamações para com outros herdeiros para fazer com que o de cujus, elabore um testamento particular, em vida, indicando expressamente que o idoso sofreu ofensa física ou injúria grave e que ficou desamparado pelo descendente quando ele passava por problemas graves de saúde.

Destarte, pode-se concluir que o herdeiro alienador se utiliza de mentiras, injúrias, difamações para herdar toda ou a maior parte da herança, forjando diariamente várias situações na cabeça do idoso,

afirmando que supostamente o seu irmão está o desamparando ou criando situações de injúria para com outras pessoas, que fazem com que o idoso, que já se encontra em situação de vulnerabilidade psicológica elabore um testamento, excluindo definitivamente um herdeiro que tinha por direito esta herança injustamente.

4.2 Ações de combate e reparação para os atos de alienação do idoso.

Ademais, importante destacar que nem a lei de alienação parental e nem mesmo o estatuto do idoso já abordado no presente artigo elenca hipóteses de coerções contra atos praticados visando a alienação parental inversa, ou mesmo a alienação parental contra o idoso, ou ente de comorbidade física ou psicológica que está em estado de vulnerabilidade perante a sociedade. Contudo, há doutrinas importantes do ordenamento jurídico brasileiro que entendem pela equiparação ou analogia, dando uma amplitude maior na Lei de alienação parental, conforme explica o jurista Fábio Vieira Figueiredo:

Importa destacar que não é apenas na relação entre pais e filhos que tal inadequada campanha pode ocorrer. [...] O que se nota é que o universo de possibilidades em que se insere o fenômeno da alienação parental é tão amplo quanto a multiplicidade de relações familiares, de parentesco e por laços de afinidade que possam existir, buscando alienar um em detrimento do contato com o vitimado, por motivos egoísticos, vingativos, pessoais e, que de forma geral, não enxerga os benefícios da manutenção de diversas relações interpessoais para a formação humana da pessoa alienada. (FIGUEIREDO, 2014, p. 39-40).

Conseqüentemente, a falta de uma lei própria, um ordenamento jurídico próprio com medidas que podem ser tomadas pelo judiciário brasileiro plenamente amparadas por lei para visar coibir este tipo de prática, alertar aos filhos, netos, irmãos, parentes de qualquer grau que

seja que abusam do poder de confiança e da conseqüente vulnerabilidade para cuidar das economias, das aposentarias e de todo o ganho financeiro que os idosos auferem para obter vantagens, até mesmo levando o idoso à realizar testamentos onde se estivesse em sua plena vontade racional, não ter sofrido abalos psicológicos com a alienação parental, não teria disponibilizado certas quantidades de bens ou excluído herdeiros por desamparo, sendo que supostamente o filho alienador não permitia na época as visitas e, alegava para o idoso que o mesmo estava sendo desamparado pela família.

Neste sentido, existe sim a possibilidade de exclusão de herdeiros necessários e o rol taxativo dos artigos 1961 até 1965 do Código Civil elencam hipóteses de deserdação de um herdeiro, que indubitavelmente podem ser praticadas com o intuito de auferir algum ganho financeiro maior na herança pelo alienador:

Art. 1.961. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão.

Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto;

IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Art. 1.963. Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes:

I - ofensa física;

II - injúria grave;

III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta;

IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Art. 1.964. Somente com expressa declaração de causa pode a deserdação ser ordenada em testamento.

Art. 1.965. Ao herdeiro instituído, ou àquele a quem aproveite a deserdação, incumbe provar a veracidade da causa alegada pelo testador.

Parágrafo único. O direito de provar a causa da deserdação extingue-se no prazo de quatro anos, a contar da data da abertura do testamento. (BRASIL, 2002).

Em verdade, o julgador, devido à escassez de norma específica para tratar do assunto, vem aplicando analogias e até danos morais para o alienador, devido a gravidade do tema, como se pode perceber em uma ementa de acórdão do recurso de Apelação Cível que foi proferida pela inclita corte do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.RELAÇÃO FAMILIAR DISSIDENTE DAS PARTES, IRMÃS ENTRE SI, EMRELAÇÃO À GENITORA.ELEMENTOS ANÁLOGOS À ALIENAÇÃO PARENTAL EM RAZÃO DO ESTADO DE VULNERABILIDADE E DOENÇADA GENITORA. PONDERAÇÃO DOS DEVERES, DIREITOS E PRESSUPOSTOS DAS RELAÇÕES FAMILIARES. UTILIZAÇÃO ARBITRÁRIA DE ABUSOS ANÁLOGOS A MEDIDAS RESTRITIVAS, SEM AMPARO EM DECISÃO JUDICIAL.RESPONSABILIDADE CIVIL.PRESSUPOSTOS CONFIGURADOS. DANO MORAL RECONHECIDO.RECURSO DESPROVIDO. Tendo em vista o estado de vulnerabilidade da genitora e a patologia específica, o caso não deixa de se parecer com aquele da alienação parental, ao inverso. Em verdade, o que se observa são medidas, próprias daquelas protetivas do Direito de Família, como interdição, tomadas de forma arbitrária e ao arripio da Lei e dos ditames que regem as relações familiares. O ato de privar a irmã do contato com a genitora, sponse sua, independentemente de autorização judicial e dadas as circunstâncias do caso, gera dano moral indenizável. (TJSC, Apelação n. 0006690-70.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Domingos Paludo, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 25-08-2016).

Ademais, conforme entendimento jurisprudencial supra exposto, os nobres julgadores de tribunais de justiça espalhados pelo Brasil, devido à escassez de uma norma própria, mas, existindo o instituto da alienação parental inversa, comumente aplicam por analogia à alienação parental normal, ou seja, alienação convencional, conforme a Lei n.º 12.318, de 26 de agosto de 2010, sancionada pelo então presidente da época, Luiz Inácio Lula da Silva. Portanto, há decisões em que os julgadores aplicam danos morais, multas, e diversas sanções ao sujeito ativo, ou seja, ao alienador que possui o intuito de obter lucros mediante tal prática e utiliza de má-fé para auferir algum ganho em face do ente que se encontra em situação de vulnerabilidade perante a sociedade como um todo.

5. Considerações finais

Conforme é possível inferir no presente artigo, a alienação parental inversa é um instituto que não é muito discutido no Brasil, falta na legislação brasileira algo específico para tratar com exatidão do assunto. O julgador ao se deparar com o caso, não vê alternativa se não aplicar uma analogia com outras leis e com outros institutos do direito para ter um pleno julgamento e julgar os casos com moralidade imparcialidade. Destarte, incumbe destacar que a alienação parental Inversa é um assunto que deveras ser tratado e ser plenamente informada em todas as famílias brasileiras, com políticas de prevenção, bem como reportagem nas mídias.

Neste sentido, é possível concluir com as pesquisas, julgamentos de tribunais superiores e doutrinas que falta na legislação brasileira uma lei com um aspecto coercitivo, seja aplicando multas, danos morais, até mesmo prisão caso a gravidade da alienação ocorra, tendo em vista que este fato pode ocasionar um dano enorme, gerando sentimentos ruins como a antipatia, mágoa, rancor, afetando bastante o idoso ou a pessoa que apresenta comorbidade física ou psíquica de seus entes queridos, que

infelizmente já estão no final de suas vidas e ao invés de serem felizes, aproveitarem tudo que a vida tem a dispor, possuem diversos problemas familiares que o fazem ficar com depressões gerando conseqüentemente a morte.

Para combatê-la, se faz necessária a criação de uma legislação própria, que caracteriza qual será o ato de alienação parental inversa, aplicando diversos tipos de coerções como multas, exclusão do praticante do testamento e até mesmo sanções penais e que auxiliará no julgamento de diversos casos que necessitam hoje em dia da aplicação de analogia.

Além disso, o governo federal necessita criar programas de conscientização e de informação, para que todo o cidadão brasileiro verifique que este assunto não está totalmente desamparado no ordenamento jurídico atual, e se conscientize que é um assunto que ocorre nas diversas famílias brasileiras, mas que não possui uma lei para coibir.

Referências

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. **Código Civil**. Decreto-lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm>. Acesso em: 07 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm> Acesso em:07 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Dispõe sobre alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de julho de 1990. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm

Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. **Tribuna de Justiça de Santa Catarina** - AC: 534117 SC 2010.053411-7. Relator: Nelson Schaefer Martins. Data de Julgamento: 22/08/2011, Segunda Câmara de Direito Civil. Data de Publicação: Apelação Cível n., de Lages. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20264474/apelacao-civel-ac-534117-sc-2010053411-7> > Acesso em: 07 mai. 2021.

BRASIL. **Tribuna de Justiça de Santa Catarina** - APL: 0006690-70.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú. Relator: Domingos Paludo. Data do julgamento: 25/08/2016, Primeira Câmara de Direito Civil. Disponível em: < <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944380756/apelacao-apl-66907020128240005-balneario-camboriu-0006690-7020128240005> > Acesso em 07 mai. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira. **Alienação parental**. Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FLÁVIO, Tatuze. **O Princípio da afetividade no direito de família**. 2014. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia> >. Acesso em: 17 nov. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, Direito de Família. 6. v. São Paulo: Saraiva, 2012.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental Importância da detecção**, Aspectos Legais e Processuais. São Paulo: Forense, 2018.

MENDES, Mácia R.S.S Barbosa; GUSMÃO, Josiane Lima de; FARO, Ana Cristina e; LEITE, Rita de Cássia Burgos de Oliveira. **A situação social do idoso no Brasil**: uma breve consideração. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002005000400011&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 07 maio 2021.

Capítulo 21

O (des)amparo dos transgêneros no ordenamento jurídico brasileiro

*Miguel Augusto Viana Pinto
Juliana Paula Costa Ribeiro
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

Segundo o dicionário online Aurélio (2018) Gênero são as diferenças entre homens e mulheres que, foram construídas pela sociedade, que variam segundo a cultura, determinando o papel social atribuído ao homem e à mulher e as suas identidades sexuais. O interesse em desenvolver este trabalho surgiu após assistir a uma palestra ministrada pela Doutora Débora Caroline Pereira Chaves, onde foi apresentado o tema sobre os transgêneros e suas diversas controvérsias, direitos e aceitação perante a sociedade. Durante esta palestra foi explicado o que realmente é uma pessoa trans e o que ocorre quando uma pessoa decide optar por um gênero sexual que não condiz com o de seu nascimento, o que será tratado mais adiante.

A ilustre palestrante mostrou ter um grande entendimento sobre o assunto explicando e apontando com primazia os pontos mais relevantes sobre os problemas enfrentados pelos transgêneros, e como o ordenamento brasileiro ampara esses cidadãos, que buscam por igualdade e liberdade para viver em um ambiente, sem hostilidade exercendo seus direitos como reza a Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que o tema transgênero quando levado a discussão toma proporções muito distorcidas e incoerentes por algumas pessoas mal esclarecidas, no qual, é o propósito deste presente trabalho a intenção de

esclarecer dúvidas que ainda precisem ser respondidas com relação à diversidade de gêneros existentes na atualidade e que carece de entendimento por parte da sociedade.

O trabalho desenvolvido tem como objetivo específico analisar como o ordenamento jurídico brasileiro garante aos transgêneros usufruir dos direitos fundamentais da pessoa humana. Para desenvolver o trabalho, utilizou-se a pesquisa descritiva, que a partir da revisão bibliográfica e documental, referências teóricas publicadas em lei, doutrina e documentos, recolheu informações e conhecimentos prévios acerca do assunto para o qual se procura resposta, através da bibliografia já tornada pública, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, teses, material cartográfico.

Utilizou-se do método dialético, empregado em pesquisa qualitativa, considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social; o que permitiu uma discussão e análise entre os fatos apresentados de modo a interpretar possíveis conclusões. Sobre esses eventuais questionamentos, apontaremos alguns conceitos para um melhor entendimento acerca deste trabalho.

O trabalho está dividido nos seguintes capítulos: o que é sexualidade, enumera os tipos de gêneros existentes, traz a discussão do preconceito e o conhecimento jurídico dos direitos dos transgêneros na sociedade, além do impacto do direito dos transgêneros, e como a sociedade lida com tais mudanças, mesmo diante do desamparo do ordenamento jurídico no gênero em especial.

2 Conceitos de gêneros

Conforme relata Maria Berenice Dias (2014):

Gênero é uma construção social que atribui uma série de características para diferenciar homens e mulheres em razão de seu sexo biológico. Homens usam azul e, jogam futebol, não choram e precisam ser competitivos e fortes. A eles está mais do que liberado – e até incentivando-o pleno exercício da sexualidade. Mulheres se vestem de cor rosa, precisam ser frágeis e dóceis. Seus qualificativos estão ligados a abstinência sexual e a virgindade ainda e sinônimo de pureza e castidade. (DIAS, 2014, p. 31).

A identidade de gênero para o autor citado acima, está ligada ao gênero com o qual a pessoa se reconhece: como homem, como mulher, como ambos ou como nenhum. A identidade de gênero independe dos órgãos genitais e de qualquer outra característica anatômica, já que a anatomia não define gênero. De acordo com Dias (2014):

A orientação sexual indica o impulso sexual de cada indivíduo, aponta para a forma como ele vai canalizar sua sexualidade. A orientação sexual tem como referência o gênero pelo qual a pessoa sente atração, desejo afetivo e sexual. Quando for por pessoa que tem identidade de gênero diverso do seu, se diz que a pessoa é heterossexual. Se for por alguém do mesmo gênero, a pessoa é rotulada de homossexual. E, se a atração for por pessoas de ambos os gêneros, a pessoa é classificada como bissexual. (DIAS, 2014. p. 31)

Damasceno (2017) diz que o termo transgênero ou trans, como é popularmente tratado, se refere a uma pessoa de determinado sexo cuja identidade de gênero não corresponde a de seu nascimento. Ou seja, o transgênero é uma pessoa que sente não pertencer ao seu corpo, sentindo-se diferente psicologicamente ao corpo que ocupa, a pessoa possui uma identificação com o gênero oposto ao seu sexo biológico.

Em suma, o transgênero não se enquadra de acordo com as normas e comportamentos previstos para as pessoas quando nascem em um determinado sexo, por exemplo, uma pessoa que nasce do sexo masculino,

mas sente como se fosse do sexo feminino, ou uma pessoa do sexo feminino que sente pertencer ao sexo masculino.

Muitas delas optam por alterar seu modo de vestir, cortam os cabelos, tomam hormônios como objetivo de se aproximarem do sexo ao qual se identificam mais. O grande problema que uma pessoa trans passa é de identificar o que realmente está acontecendo com seu corpo e mente, entender porque nasceu em um corpo, mas que sente não pertencer a ele. Com isso, ocorrem muitos problemas como informar a família sobre essa nova transformação e o desejo de viver conforme o que se sente.

Damasceno (2017) relata que o Cisgênero (Cis) é aquele que se identifica em todos os aspectos com o seu sexo de nascimento, quando nasce do sexo masculino se comporta como homem e quando nasce do sexo feminino se comporta como mulher, concordando com os ditames sócios culturais do binarismo sexual, ou seja, como o pênis pertencendo ao que é masculino, e a vagina ao que é feminino.

Conforme argumenta Damasceno (2017), travesti é aquela pessoa que se veste e comporta como se pertencesse ao gênero feminino. Em alguns casos não sentem desconforto com sua genitália de nascença. Geralmente as travestis preferem ser tratadas como se pertencesse ao sexo feminino, em muitos casos tomam hormônios se fazem cirurgias plásticas para se aproximarem ao modelo feminino, como colocar prótese de silicone, enxerto nas nádegas.

Drag queen é a mulher que se veste de homem em situações performáticas como em shows e eventos. Neste caso as mulheres incorporam um personagem masculino. São pessoas que em certas ocasiões gostam de se vestir de acordo com o gênero oposto ao seu, com isso experimentam como pertencer a outro gênero. Cross-dresser é o termo mais usado nos países de língua inglesa.

Pode -se dizer que o preconceito é uma opinião formada, pré-concebida sobre um determinado assunto, grupo de pessoas ou gêneros sexuais sem qualquer informação. O preconceito ocorre quando a pessoa expõe sua opinião sem qualquer fundamento ou razão sobre o assunto em questão. A maioria das pessoas preconceituosas é carente de informação e nutrida por uma ignorância inexplicável.

Atualmente, vivenciamos através da televisão, rádios e jornais, notícias de pessoas que sofrem ou sofreram algum tipo de preconceito, seja racial, religioso, por classe social e sexual, resultando em uma total falta de respeito e que pode resultar em conflitos, discussões e sofrimento para a pessoa ofendida. Com as pessoas trans ou transgêneros a situação não é diferente, sofrem com preconceito, discriminação, xingamentos e até com violência física.

Há relatos em que o preconceito e a discriminação parte dos próprios familiares, amigos mais próximos, da escola e trabalho, que diante da nova realidade de transição escolhida não é bem vista e aceita aos olhos da sociedade. A pessoa quando se identifica como transgênero, até chegar à está conclusão e aceitação, passa por um longo caminho. Primeiramente é necessário entender o que realmente está acontecendo com sua mente e corpo que anseia e grita por mudança evitando passar por mais sofrimento.

2.1 O que é Sexualidade?

A constituição de 1988 no seu artigo 5º dispõe sobre a identidade de gênero, do qual a figura que independe de seu gênero, todos somos iguais sob a ótica da lei.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à

propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 2018).

Assim, definir sexualidade é complexo, pois abrange uma variedade de características e sentimentos que definem o ser humano. De acordo com o dicionário Aurélio (2018) sexualidade é o conjunto de características especiais, determinadas pelo sexo do indivíduo, qualidade sexual do ser humano.

Considerando que a definição de sexo é fruto de diversos fatores, dentre eles, genéticos, somáticos, psicológicos e sociais, e que existem indivíduos que vivenciam conflitos de identidade de gênero, surge um fenômeno sexual denominado transexualidade. Desta forma, determinados indivíduos não se identificam com o seu sexo biológico, sentindo-se psicologicamente do sexo oposto. Estas pessoas sofrem de um transtorno de identidade sexual, que recebe o nome de transexualidade. Maria Helena Diniz ensina que:

Trata-se de uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião de seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais e profissionais, vistos que em testes aplicados apurou-se que possui, em regra, um quociente intelectual (QI) entre 106 e 118, isto é, um pouco superior à média. (DINIZ, 2001, p.231)

Assim, pode-se afirmar que os transexuais são pessoas que possuem um desconforto psicológico com o seu sexo biológico e, em virtude disso, apresentam um quadro de angústia, depressão, sofrimento e descontentamento com o próprio corpo.

Conforme descreve Rios (2006), o ordenamento jurídico é entendido como conjunto de normas e regras jurídicas, um processo de regulação social. A matéria prima do ordenamento jurídico são as relações sociais,

cujos diversos conteúdos são considerados na elaboração da norma, visando à obtenção de certo resultado, orientado por certos valores, que pode ser uma ação, uma omissão, a imposição de uma penalidade, a premiação de determinadas condutas.

Assim estruturado, o ordenamento jurídico atenta para determinadas esferas da vida, gerando diversos ramos, cuja construção, afirmação e consagração acadêmica dependem de inúmeros fatores relacionados com os momentos históricos em que cada um desses ramos se desenvolve. (RIOS, 2006, p. 81)

Conforme relata Rios (2006) o direito da sexualidade também não pode desconsiderar atividades sociais economicamente relacionadas como exercício da sexualidade, como acontece com os profissionais do sexo. Um dos pilares da sexualidade humana é a identidade de gênero (seguida pelo sexo biológico, expressões de gênero e orientação sexual). A identidade de gênero corresponde como a pessoa se sente: homem, mulher e agênero.

2.2 Identidade de Gênero

Segundo Jaqueline de Jesus (2012) as pessoas crescem com a idealização de que os homens são de um jeito e as mulheres de outro; jeito esse definido pela cultura que impõe a diferença perceptível entre os sexos, assim as crianças são ensinadas de acordo com a cultura existente. A autora afirma ainda que as influências sociais não são totalmente visíveis, pois as diferenças não são naturais, mas biológicas. A sociedade dissemina a ideia de que os órgãos sexuais definem o gênero da pessoa, no entanto esta identificação é um fato biológico e não social.

Segundo Dias (2014) a transidentidade abrange uma série de opções em que a pessoa sente, adota - temporária ou permanentemente- o comportamento e os atributos do gênero em contradição como seu sexo genital.

Em outros, a pessoa pode viver alternadamente com duas identidades sociais, masculina e feminina. Pode, ou assumir uma posição intermediária ao gênero não marcado, ou viver plenamente no tipo de sexo oposto. Somente aconteceria o amplo conhecimento das identidades sexuais – e a liberdade sexual seria mais efetiva – se fosse abolido o sistema binário que caracteriza as atuais relações de poder entre os gêneros, isto é, se fossem rejeitadas as representações sobre o sexo que são impostas como naturais pela ideologia dominante e que impõe deveres de comportamento aos interessados.

2.3 Período de Transição

De acordo com a dificuldade de aceitação com o próprio corpo que sofrem as pessoas trans, elas têm recorrido ao retardo da puberdade, ou seja, o uso de hormônios antes da puberdade.

Em muitos casos esse uso de hormônio é feito de modo clandestino, sem nenhuma assistência médica correndo o risco de sofrerem efeitos colaterais nocivos à saúde, jovens que anseiam por mudanças de acordo com a ONG Grupo de Pais de Homossexuais (GPH) da Cidade de São Paulo que relatou essa denúncia a Defensoria Pública. Devido à falta de regulamentação do SUS o Conselho Federal de Medicina aprovou um parecer 8/13 em fevereiro de 2013 aprovando a regulamentação de uso de hormônios por adolescentes trans, desde que com autorização dos responsáveis. Não é uma lei, somente um parecer que direciona para que essas pessoas possam receber o tratamento sem discriminação e sem risco a saúde.

“Esses pacientes devem ser assistidos no SUS, com estrutura multiprofissional. Isso deve evitar o uso clandestino e indiscriminado de hormônios, que é uma droga capaz de realizar alterações importantes no

organismo", diz Lucio Flávio Gonzaga Silva (2013), conselheiro suplente do CFM e relator do parecer, a Carta Capital.

"É uma grande conquista porque antes não havia nenhuma manifestação do CFM sobre o assunto. Essa omissão levava os serviços públicos a não realizar esse tipo de tratamento", afirma Vanessa Alves Vieira (2013), coordenadora do Núcleo de Combate à Discriminação da Defensoria Pública de SP.

Não possibilitar as pessoas trans esse direito de tratamento com uso de hormônios ou até mesmo a realização de adequação sexual, é vista como uma afronta aos direitos humanos e sociais, assegurando-os mediante o reconhecimento e a consideração das diferenças entre grupos sociais, que se encontram em situação de distinção e desigualdade.

Isso estimulará o serviço público de saúde a se organizar para criar um protocolo de tratamento, além de permitir usar esse parecer em eventuais ações judiciais para exigir o procedimento (...) Consultamos especialistas de todo o Brasil que tratam esse transtorno, coletamos informações, fizemos uma revisão bibliográfica da literatura científica mais atual do assunto envolvendo diretrizes da Sociedade Americana de Endocrinologia e da Associação Mundial para Saúde de Gênero, além de diversos artigos científicos. (CAPITAL, 2013).

Segundo Dias (2014) para o tratamento hormonal e outras técnicas que não sejam irreversíveis pode ser realizada a partir dos 14 anos de idade, desde que haja indicação terapêutica, sendo que as cirurgias de redesignação sexual somente podem ser feitas a partir dos 18 anos, conforme consta no Estatuto da Diversidade Sexual (art.37 e 38) ante projeto que aguarda votação no Congresso, proposto pela OAB do Brasil. Também é vedado o tratamento de reversão da orientação sexual ou de identidade de gênero, bem como fazer promessas de cura.

3 Convivendo com o preconceito

No que se refere a contextualização do preconceito Picazio (1999, p.99) diz que: “O preconceito é um pré-julgamento, um sentimento ou resposta antecipado a coisas ou pessoas, portanto não se baseia em experiências reais” e para completar a ideia do autor, segue o trecho de uma outra obra de Alfredo S. A. Guimarães:

O preconceito seria apenas a crença prévia (preconcebida) nas qualidades morais, intelectuais, físicas, psíquicas ou estéticas de alguém, baseada na ideia de raça. Como se vê o preconceito pode manifestar-se, seja de modo verbal, reservado ou público, seja de modo comportamental, sendo que só nesse último caso é tido como discriminação. (GUIMARÃES, 2004, p. 18).

Guimarães (2004) afirma que o preconceito está baseado nas ideias, ou seja, são conceitos obtidos sem possuir qualquer conhecimento ou experiência real em dada situação e não é externalizado. Quando o preconceito é expresso em situações comportamentais, perde o caráter de preconceito e passa a ser discriminação. Entende-se que o preconceito é impulsionado pela tentativa de fazer com que determinado grupo seja inferiorizado ou marginalizado por ter certa característica que não pode ser mudada. No que tange ao estímulo do preconceito, segue:

A hostilidade habitualmente característica do preconceito também faz parte da personalidade do indivíduo afetado e suas origens e funções na economia psíquica do indivíduo preconceituoso não podem ser ignoradas. Muitas pesquisas recentes procuraram desvelar as fontes psicológicas do preconceito, e parece haver indícios de que as pessoas que se conformam rigidamente aos valores preponderantes submetem-se à autoridade, criticam os que desprezam as normas convencionais se preocupam com problemas de poder e de status tendem a ter preconceitos. (CHINOY, 1969, p. 334).

Há diversas formas de preconceito e hostilidade contra os transgêneros, a sociedade e os órgãos jurídicos não atentam, muitas vezes, para a gravidade dos fatos que ocorrem e que são um prenúncio da necessidade de políticas públicas e leis voltadas para assegurar os direitos desse grupo de pessoas.

3.1 O que é homofobia e transfobia

O termo Homofobia significa quando alguém sente repulsa, nojo, ódio, preconceito por alguém ou por um determinado grupo de pessoas, no caso as minorias como os gays, lésbicas, bissexual, transgêneros e etc. Em alguns casos nutrem ódio por pessoas que já definiram seu gênero sexual tornando-se um incômodo para essas pessoas. A palavra "homofobia" é composta por dois termos distintos: homo, o prefixo de homossexual; e o grego *phobos*, que significa "medo", "aversão" ou "fobia". O indivíduo que pratica a homofobia é chamado de homofóbico. A homofobia pode se manifestar de várias formas como, agressão verbal, física, bullying, assédio moral e em casos já noticiados como violência física chegando à morte.

Já a transfobia e o repúdio, ódio e preconceito que sofrem as pessoas que se consideram travesti, transexuais e transgêneros.

3.2 Cirurgia de redesignação de sexo

Segundo Dias (2014) com a evolução das técnicas cirúrgicas, tornou-se possível mudar a morfologia sexual externa para encontrar a identificação da aparência como gênero desejado.

Os avanços no campo médico não foram acompanhados pela legislação, inexistindo qualquer previsão legal a esse respeito. A omissão regulamentadora acabou levando a classe médica a um problema ético-jurídico sobre a natureza das intervenções cirúrgicas e a possibilidade de

sua realização. Mas os princípios da bioética não podem fazer com que a pessoa se torne refém do próprio corpo, ou melhor, que o corpo venha a ser um cativeiro para a pessoa.

O IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, realizado em 1974, classificou como mutilante, e não corretiva, a cirurgia para troca de sexo, concluindo que sua prática feria o Código de Ética Médica. Dias (2014) considera grave a condenação do cirurgião plástico Roberto Farina a pena de dois anos de reclusão pela prática do delito de lesões corporais, o médico foi processado porque, em um Congresso de Urologia, realizado em 1975, exibiu o filme de uma cirurgia de reversão e confessou que já havia realizado em nove pacientes.

O lúdico parecer do jurista Heleno Cláudio Fragoso (2017) entendeu que o réu atuou dentro dos limites do exercício regular do direito, não tendo praticado o crime algum. Afirmou: a condenação revela a carga de reprovação moral própria do espírito conservador de certos magistrados. O extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, em 06/11/1979, acabou absolvendo o acusado, por decisão majoritária assim ementada: Não age dolosamente o médico que, através de cirurgia, faz a ablação de órgãos genitais externos de transexual, procurando curá-lo ou reduzir seu sofrimento físico ou mental. Semelhante cirurgia não é vedada pela lei, nem pelo Código de Ética Médica. Afinal, não pode haver crime sem ofensa, lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico. Faltaria lesividade para punir o médico que realizou a cirurgia.

Ainda segundo Dias (2014), depois de uma batalha judicial, o Ministério da Saúde, autorizou a realização de Processo transexualizador no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), que foi devidamente regulamentado. Com isso solucionou-se antigo problema referente aos altos custos de todo o procedimento transformatório. Esse tipo de cirurgia e procedimento ético, com o objetivo de ressocializar o indivíduo, visto que

a identidade de gênero, bem personalíssimo, encontrava-se comprometida.

Mesmo que seja possível a realização do procedimento de readequação da identidade de gênero pelo SUS, como são poucos os complexos hospitalares que dispõem deste serviço, longos são os prazos para ingressar no programa e para realizar a cirurgia. A Justiça Federal deferiu antecipação de tutela para que a União providenciasse, em 60 dias, o encaminhamento do autor para as consultas pré-operatórias, a culminar na realização cirúrgica de mudança de sexo, indicando o hospital ou equipe médica aos cuidados da qual deve o requerente permanecer. Também foi imposto ao Município o encargo de fornecer os medicamentos para a realização da cirurgia.

A autora ainda explica que a resolução do Conselho Federal de Medicina retirou o caráter experimental à cirurgia de redesignação sexual de transexuais femininos do tipo neocolpovulvoplastia (construção da vagina), podendo ser feito sem qualquer hospital público ou privado. Já quanto aos transexuais masculinos passou a considerar que os procedimentos de retiradas de mamas, ovários e útero deixam de ser experimentais, podendo ser feitos em qualquer hospital público ou privado que sigam as recomendações do Conselho. Já o tratamento de neofaloplastia (construção do pênis), em face das limitações funcionais do órgão construído cirurgicamente, permanece em caráter experimental.

A cirurgia de transgenitalização somente é autorizada quando o paciente é considerado portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo, com tendência a automutilação ou autoextermínio. O paciente deve, pelo período de dois anos, submeter-se a acompanhamento de equipe interdisciplinar formada por médico psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social. Somente após ao diagnóstico médico de transgenitalismo é que a cirurgia pode ser

realizada. Após a cirurgia, é importante que o paciente tenha acompanhamento terapêutico, visto que precisa reconhecer o novo corpo e questões específicas relativas as funções e comportamentos sexuais.

O debate em relação a exigência do prazo de dois anos de atendimento vem sendo de forma permanente, já que muitos trans, ao procurarem a transexualização já vivem e são reconhecidos pelo sexo social há um tempo significativo. A necessidade do diagnóstico de um transtorno de identidade de gênero, como psicopatologia psiquiatra, desconsidera o sofrimento psíquico e corporal independentemente do diagnóstico de doença. Assim, há a necessidade de possibilitar a transformação corporal dos caracteres sexuais secundários sem que seja necessária a realização da transgenitalização. A proibição de tais procedimentos condena as transexuais a se verem impedidas de manifestar livremente a expressão de sua personalidade.

De acordo com Guilherme Wünsch (2008) a discussão, em primeiro plano, refere-se ao aspecto do consentimento do paciente em submeter-se à retirada de seus órgãos, ao passo que o ordenamento jurídico brasileiro prevê no código civil de 2002, em seu artigo 13 que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”. (BRASIL 2018).

Teoricamente, o ser humano possui uma faculdade inerente de dispor sob seu corpo, não constituindo em ilícito de seu ato, já que objetivamente o Direito não busca compreender o modo pelo qual o indivíduo vive e como este protege a sua saúde.

Wünsch ainda ressalta que com a cirurgia de redesignação de sexo, o paciente irá desenvolver-se de forma integralizada em termos sociais e individuais, eis que passará a confortar o seu sexo psicológico ao novo sexo

biológico, concretizando o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que garante a integridade física e moral.

O fato de um transexual submeter-se à cirurgia de ablação de seus órgãos não pode ser encarado como uma espécie de lesão ou atentado contra o paciente, eis que, analisando o papel do médico, não há, em tese, nenhum agir doloso deste em realizar a cirurgia, já que a sua autorização foi dada por uma equipe especializada após um complexo período de tratamento pré-cirúrgico. O que há, na verdade, é uma soma de dois fatores que implicam necessariamente no consentimento do paciente, quais sejam, o ato cirúrgico acrescido ao ato de disposição do corpo do paciente. Seria, enfim, uma tutela ao direito de liberdade do indivíduo, cuja tradução constitui uma atividade lícita, eis que seu consentimento é voluntário, obtido a partir de sua capacidade de consentir com a realização da cirurgia, fruto de sua consciência e vontade, sendo uma capacidade natural e não jurídica, por assim dizer.

Wunsch (2008) destaca que paciente que se submete ao procedimento cirúrgico deve ter à sua disposição os meios necessários para a tentativa de integração social, que passa como referido, pela aproximação de sua integridade física e psíquica, ou seja, como já exaustivamente apontado, a cirurgia de redesignação de sexo é a forma como o transexual pode resolver o seu problema, quer em termos físicos, quer em termos psíquicos, na maioria dos casos, integrando-se na sociedade, de forma plena.

De acordo com Wunsch (2008) a realização da intervenção médica irá trazer ao paciente transexual uma nova condição de vida e que o mesmo irá, ao adaptar-se à sua nova condição física, terá chance de ser e inserir na sociedade, mas agora assumindo a sua nova identidade.

Diante, do que foi exposto percebe-se que para fins de concretização da identidade sexual do indivíduo transexual não basta tão somente a

realização da cirurgia de transgenitalização, objetivando a conformação biológica e psíquica, é preciso também um olhar do ordenamento jurídico voltado a reconhecer o transexual como um sujeito de direito, garantindo-lhe também a possibilidade de troca de nome, com o elemento integrador de seu direito da personalidade.

4 Casos especiais de transgêneros

4.1 Primeiro transgênero do Brasil

João Nery nasceu Joana, mas é conhecido como a primeira mulher a fazer a cirurgia de redesignação de sexo no Brasil em 1977. Desde os quatro anos de idade já sentia mais como um menino, mas era tratado por todos como uma menina, não entendia o porquê gostava de brincar de carrinhos e barquinhos durante sua infância. Na escola foi chamado de Maria-homem e Paraíba devido aos seus trejeitos masculinos, entendendo o significado somente aos dezesseis anos de idade.

Aos seis anos de idade, começaram a me chamar de Maria-Homem na pracinha em que brincava perto de casa. Quando me xingaram de Paraíba pela primeira vez na escola, eu já tinha 16 anos e não entendi. Alguém me explicou, e o mesmo que mulher macho. A maldade do bullying ou da transfobia, que ainda não tinham esses nomes, expressava na verdade, um discurso de ódio pela ambiguidade da minha figura, que não atendia as normas binárias de gênero. (NERY, 2017, p. 63-64).

Devido a esses xingamentos muitas vezes se isolava em casa e passava muito tempo somente no terreiro de casa, onde não sofria essas humilhações. Era fã do Pinóquio e um dia sonhava dormir e acordar como menino. Com a chegada da adolescência aos 12 (doze) anos de idade passou a odiar o próprio corpo. Com o crescimento dos seios, passou a odiar a si mesmo, onde ocorriam mudanças que não dependia dele, às

vezes esmurrava os seios revoltado com aquilo que crescia em seu corpo. O golpe fatal ocorreu quando chegou a menstruação, chamada por João como “Monstruação”.

Com as mudanças acontecendo João resolveu entrar para o mundo dos esportes, com a esperança de tornar seu corpo mais masculino, com mais músculos escondendo assim sua feminilidade, chegando a obter um troféu do campeonato brasileiro de saltos ornamentais na categoria infante-juvenil, pelo Fluminense, aos 13 anos, mas sempre na categoria feminina. João relata que sofreu um duro golpe em 1964.

O primeiro foi o militar, que afastou meu pai de mim e me obrigou a trabalhar aos 14 anos, o segundo atingiu meu físico por inteiro, com a vinda da monstruação e dos terríveis hormônios, aumentando ainda mais a distância, entre o meu corpo feminino e o meu gênero masculino. (NERY, 2017).

Dos dezesseis aos dezoito anos fez dois procedimentos para redução das mamas, com seu cunhado que acabará de formar em cirurgia plástica. Na primeira vez pediu para que somente diminuísse o tamanho das mamas, na segunda tentativa pediu para que as retirasse por completo. Segundo João: “Diante da lei, essa cirurgia era considerada lesão corporal grave. Nas duas ocasiões, fiquei em enfermaria feminina, sofrendo constrangimentos e tendo que suportar comentários e risinhos disfarçados. Um horror.” (NERY, 2017).

João foi o primeiro caso de transexualismo feminino, vindo a público em 1985, ano em que lançou o livro Erro de pessoa. A cabeça já nasceu pronta, mas fisicamente falando Joana virou João W. Nery de vez aos 27 anos, em 1977, 20 anos antes desse tipo de cirurgia ser legalizada no país. A sua cirurgia foi feita em São Paulo pelo renomado Dr. Farina, tudo feito com bastante descrição devido à época da Ditadura. Nessa cirurgia foram retiradas todo o restante das mamas, foi feita uma neouretra para urinar

em pé, seguido de um forte tratamento hormonal, como o uso de testosterona. De acordo com João:

Contava até os pelos que nasciam. A primeira grande mudança foi na voz. Depois vieram as espinhas. Vivía uma adolescência tardia, quase aos 30 anos. Ele também me recomendou um bloqueador, que, na época, só existia na Inglaterra, cuja função era evitar que meus órgãos internos continuassem a produzir hormônios femininos. Era um gasto e uma mão de obra fenomenal para consegui-lo. (NERY,2017)

Seis meses após a cirurgia de retirada do órgão sexual masculino, é que realizou a cirurgia de retirada dos órgãos reprodutores internos. João relata que foi a cirurgia mais dolorosa porque passou, driblando os médicos de plantão alegando estar com apendicite. João relata que após a cirurgia ficou internado por cinco dias, no prontuário médico constava apendicite, o mais difícil, segundo ele foi driblar os médicos do plantão e as enfermeiras que queriam examiná-lo e insistiam para que ele tomasse banho, enquanto me fazia de pudico, continua João “mal sabia que voltaria a enfrentar as mesmas dificuldades hospitalares 34 anos depois”. (Nery, 2017, p. 78).

João é formado em Psicologia, mas não exerce a profissão por ter tido seu diploma cassado quando registrou-se em um cartório como nome de João. Casou-se quatro vezes, tendo um filho resultado de um desses relacionamentos. Atualmente está desempregado e vive da venda de seu famoso livro Viagem Solitária e da aposentadoria de sua esposa com quem vive há vinte anos.

4.2 O caso da Travesti Dandara

Segundo o site de jornalismo Nexo jornal (2018) o caso ocorreu na cidade de Fortaleza, no estado do Ceará, no dia 15 de fevereiro de 2017, a

travesti Dandara dos Santos, 42 anos, saiu para ir a um bar comprar refrigerantes, segundo relato de sua mãe Dona Francisca Ferreira, e acabou sendo morta brutalmente por um grupo de homens que usaram de tamanha violência e crueldade para com a vítima. Essa cena lastimável ocorreu durante o dia e com várias pessoas assistindo, enquanto Dandara clamava por socorro e chamava por sua mãe. Mas nenhum dos que presenciaram a esse terrível crime fez nada.

O que Dandara ouvia era só xingamentos, como de “viado”, “sujo”, “imundícia”. Dandara foi brutalmente agredida com tapas no rosto, bateram nela com chinelo velho que a certa altura estava coberta de sangue e areia. Apanhou tanto que ficou coberta de sangue e quando já não aguentava mais, caiu ao chão e os agressores ordenaram que subisse em carrinho de mão para que tamanha violência continuasse em outro local. Seu corpo foi encontrado com dois tiros no rosto, em seguida deformado por um grande pedaço de pedra, segundo relato da polícia. Um dos agressores gravou um vídeo com duração de mais de 1 minuto e colocou à disposição na internet. Graças a esse vídeo que se pode chegar aos agressores de tamanha crueldade contra um ser humano. Segundo sua mãe, Dandara vendia roupas usadas e a ajudava com os afazeres domésticos. Era uma pessoa muito alegre e que só queria ser feliz.

O Caso de Dandara teve grande repercussão nacional e internacional, confirmando que o Brasil é o país que mais mata travesti, transexuais e transgêneros em crimes considerados de ódio. De acordo com a *ONG Transgender Europe* (2018), o Brasil é líder em assassinatos de pessoas com gêneros diversos. Como aconteceu com Dandara muito destes crimes são cometidos com extrema crueldade, e com requintes de violência. Ocorre mortes por apedrejamento, facadas, estrangulamento, uso de arma de fogo. Segundo o grupo Gay da Bahia, 387 LGBT's foram assassinados no Brasil, sendo 30 no estado do Ceará em 2017. Doze pessoas foram

indiciadas pelo assassinato de Dandara, dez suspeitos foram capturados, três são adolescentes e estão cumprindo medidas socioeducativas.

É preciso compreender a LGBTfobia como um fenômeno estruturante da sociedade, como uma relação de poder que coloca essa população em detrimento das demais. Somente quando houver esse reconhecimento por parte do Estado é que poderemos compreender que esses crimes têm motivação LGBTfóbica. “Sem isso, fica difícil fazer esse enfrentamento e o convencimento das autoridades de que esses crimes têm motivação específica.” Diz Dário Bezerra (2018) Integrante da divisão de coordenação política do Centro de Resistência Asa Branca, em entrevista à Agência Brasil.

O travesti que foi espancado até a morte no Ceará

Figura 1 - Cartunista Sinfrônio



Fonte: Sinfrônio, 2021.

Em entrevista ao portal UOL, publicada em março de 2017, Sayonara Nogueira participante da Rede Trans, relata que a sociedade liga muito o transgênero a algo errado e acaba muitas vezes colocando a culpa na vítima. Quando sai alguma notícia de morte, indaga-se primeiramente que estava se prostituindo, usando drogas. Isso só vai mudar na escola.

O movimento que defende os direitos dos gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e transgêneros teve início no ano de 1969, chamada de Revolta

de Stonewall, onde era frequente a perseguição e violência nos bares da cidade de Nova Iorque. Os policiais usavam de truculência e humilhação quando iam realizar batidas nesses locais frequentados por gays, lésbicas, travestis e etc. Teve a duração de seis meses, e considerado o marco contemporâneo do início pela luta dos direitos da comunidade LGBT. Comemora-se no dia 28 de junho Dia Internacional do Orgulho Gay.

O movimento LGBT chega ao Brasil na década de 70 durante o regime militar. Durante este período várias pessoas se organizaram para apoiar esta causa através de jornais que eram distribuídos em bares, bailes de carnaval locais onde eram frequentados por homossexuais e lésbicas. Devido a essa difícil época onde a opressão era muito forte, sofreram muitas represálias.

Com a descoberta da doença AIDS na década de 1980 o movimento LGBT foi visto como o grupo transmissor, na época chamada de câncer gay e que viria a matar muitas pessoas, tanto como homossexuais ou quem relacionava com eles.

O movimento LGBT ao longo dos anos vem fazendo várias reivindicações para poder melhorar a qualidade de vida de seus membros, entre elas a despatologização da identidade trans, fim da criminalização da homossexualidade, casamento civil e reconhecimento de união estável, poder adotar, reconhecimento da identidade de gênero, incluindo o nome social e outras mais, e considerar crimes cometidos contra essas pessoas com o intuito de diminuir a violência que sofrem.

De acordo com o que foi explanado anteriormente devemos entender o que é uma pessoa transgênero ou trans como é popularmente reconhecido. A palavra trans se refere a uma pessoa que nasceu com determinado sexo, cuja identidade de gênero não corresponde a de seu nascimento. O transgênero sente não pertencer ao seu corpo, sentindo-se deslocado psicologicamente ao corpo em que vive, sendo que possui uma

maior identificação com o gênero oposto ao seu sexo biológico. Uma pessoa que nasceu com sexo feminino, mas se identifica com o sexo masculino e vive como homem é considerado um transgênero, ou seja, um homem trans. Uma pessoa nascida com sexo masculino, mas sente como mulher, é uma mulher transgênero, ou seja, mulher trans.

Atualmente o tema transgênero vem sendo abordado amplamente e até veiculado em programas de televisão, levando a sociedade ao questionamento sobre a transgeneridade. Há opiniões que apontam que os transgêneros são pessoas que possuem alguma patologia e que seria apenas algum modismo atual, notório que a sociedade vê com dificuldade e preconceito este gênero que foge do padrão binário masculino-feminino presente atualmente na sociedade.

A grande repercussão perante o tema trans tem contribuído para reflexão sobre a experiência de vida nos âmbitos privado, público, individual, social e político na sociedade com questões relevantes sobre os gêneros atuais e inovando com relação a gêneros existentes desde a antiguidade e considerados tradicionais perante todos. Mediante essa repercussão surgem questões relacionadas como a violência, discriminação e a violação dos direitos humanos sofridos por essa minoria.

De acordo com vários relatos a infância de uma pessoa trans é marcada por vários conflitos e discriminação. Não são compreendidas por se comportarem diferentes do que deveriam ser. Quando meninas deveriam brincar com bonecas e meninos brincar com carrinho. Muitos pais chegam a pensar que seus filhos estão com algum problema psicológico levando-os a médicos e psicólogos.

Na fase da adolescência os transgêneros passam por problemas de adaptação e aceitação maiores, como o isolamento, o que muitas vezes leva ao aparecimento de quadros de depressão e até a casos de tentativa de suicídio e mutilação do próprio corpo. Essas situações de conflito e

isolamento partem de dentro do seio familiar, estendendo-se aos mais diversos contextos sociais como a escola e o ambiente de trabalho. Para a maior parte deste grupo a escola é sentida como um ambiente hostil, onde sofrem com a violência física, xingamentos, constatando que essa é uma realidade moldada pelo despreparo e desconhecimento da sociedade e dos educadores sobre a transexualidade.

E nessa fase que as situações antes vividas no seio familiar se tornam públicas levando a indagação sobre a sexualidade, questionamentos por familiares. Nesta fase da adolescência e quando o desacordo com o corpo o mais especificamente as áreas do corpo que revelam o sexo biológico passa a produzir sofrimento e desconforto, devido a incompatibilidade com o sexo psicológico e o gênero a que se sente pertencer, aumenta o desejo de um corpo que corresponda a própria identidade. Para esses adolescentes diferentemente dos demais. As características sexuais que surgem na adolescência produzem descontentamento e grande incomodo como o surgimento de barba nos meninos e a menstruação nas meninas. A busca da adequação do corpo a identidade acarreta, em alguns casos o comprometimento do exercício ou do prazer sexual tão aflorado nesta fase.

As pessoas que se consideram trans sofrem marginalizações múltiplas, sem recursos, sem respaldo da sociedade civil e que sempre ficam a sobra da sociedade e a margem do estado. Muitos abandonam a escola, não tem acesso a hospitais, não tiram documentos de identidade com medo de sofrerem discriminação e desrespeito a sua identidade e expressão de gênero. Percebe-se que a discriminação e a violência contra travestis e transexuais é maior por se exporem mais perante a sociedade, enquanto alguns gêneros ainda podem se proteger sem revelar sua verdadeira opção sexual, ou seja, vivem dentro do armário.

Essas pessoas são as maiores vítimas do bullying homofóbico, seguidos por travestis, são privadas do acolhimento afetivo, em face de

suas experiências de expulsão e abandono por parte de familiares e amigos. Devido a essa situação, tem suas emoções fragilizadas lidando sempre com a indiferença em seu ambiente social tendo que encontrar forças para encarar esse desafio diário. Expostas diariamente a humilhações, chacotas e exclusão, segregação e guetização, são arrastadas por uma rede de exclusão.

4.3 Transgêneros no esporte

Atualmente se observa um crescente interesse pela orientação sexual de indivíduos que compõe a sigla LGBT (lésbicas, gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros), porém não há ainda muita referência sobre o tema transgênero dentro do esporte. Sabe-se que homens podem participar de eventos sem nenhuma restrição, e as mulheres precisam ter a quantidade de testosterona controlada para competir em equipes femininas.

Os desafios que os transgêneros enfrentam ao se envolver em atividades competitivas de esportes se tornam mais proeminentes à medida que a visibilidade de pessoas transgêneros são mais pronunciadas pela mídia. Nas olimpíadas de 2016, realizadas no Rio de Janeiro, houve um aumento significativo no número de atletas assumidos LGBT's. De acordo os organizadores do evento, o número de atletas que assumem a opção sexual, tem aumentado a cada olimpíada.

O primeiro atleta assumido foi nos jogos olímpicos de 1908, foi o dinamarquês Niels Bukh, porém ele foi cortado dos jogos, com a explicação de que seu porte físico não foi considerado atlético para a competição. Em 1912, ele voltou como técnico e levou sua equipe a medalha de ouro.

O Comitê Olímpico Internacional (COI), deliberou em 2016 sobre a mudança de regra nas suas participações. Homens trans podem participar dos eventos da entidade sem restrição de qualquer espécie e as mulheres

trans precisam apenas ter a quantidade de testosterona controlada para poderem competir em equipes femininas, e sem a necessidade de cirurgia de readequação de sexo. A determinação do COI foi:

Homens trans podem participar de competições masculinas sem restrições. Já mulheres trans precisam preencher quatro condições para disputar competições femininas:

- Declarar ser do gênero feminino (reconhecimento civil que não pode mudar por no mínimo quatro anos para efeitos esportivos);
- Ter nível de testosterona menos que 10 nanomol/l nos 12 meses anteriores ao primeiro jogo;
- Manter o nível de testosterona menor que 10 nanomol/l durante o período elegível para competir;
- Ser submetidas a testes frequentes para monitorar o nível de testosterona.

(OLIVEIRA, 2018).

Vivenciar uma identidade de gênero no mundo contemporâneo corresponde a representar uma identidade política, sendo pautada pela desconstrução da crença em papéis de gênero considerados naturais, ou seja, construídos biologicamente. Conforme descrito por Goffman (1980, p.15), a visibilidade de identidades particulares historicamente estigmatizadas, e tornadas visíveis em determinados espaços sociais, traz preconceitos, pois a sociedade não está preparada e os seres humanos com características pessoais ou sociais associadas a um estigma não são consideradas “completamente humanos” pela sociedade.

4.4 Os transgêneros pelo mundo

A legislação brasileira não tem uma legislação específica sobre os transgêneros. As condições em que vivem os transgêneros pelo mundo é diferente em cada lugar. Nos Estados Unidos e na Europa, apesar de sofrerem violentas repressões, os transgêneros conseguiram conquistar

direitos significativos. Os dados estatísticos sobre pessoas transgêneros não são confiáveis, pois, a maioria prefere viver no sigilo, devido à falta de segurança e direitos que são assegurados por lei.

Os Estados Unidos é um país onde os direitos dos transgêneros são mais assegurados, porém as leis variam de estado para estado. Na Europa a discriminação a pessoas transgêneros é proibida através de uma resolução de 1989. Porém a proibição só vale em 13 dos 28 países-membros da União Européia. Nos países Europeus há por direito a possibilidade da mudança de nome e indicação de gênero nos documentos, já na América do Sul essa possibilidade é mais distinta, algumas nações apresentam legislação sobre o tema. Na Argentina, a lei que regulamenta a mudança de nome e indicação de gênero é a Lei nº 26.743 de 2012 e no Uruguai, a Lei nº 18.620 de 2009. Em outros países da América do Sul, a exemplo, o Brasil, não há legislação que defenda este direito aos transgêneros, que precisam recorrer a posicionamento favorável nos Tribunais Superiores.

Talvez por esta falta de direitos dos transgêneros, a América Latina é a região onde se registram os piores índices de crime contra estas pessoas. Dados de pesquisas revelam que 82,26% do total de crimes contra transgêneros acontecem na América Latina, seguido pela Ásia com apenas 6,85%. Apesar de haver poucas políticas públicas que inferem os direitos dos transgêneros no Brasil, destacam algumas ações importantes tais como a aprovação na Conferência Nacional LGBT e previstas no "Plano Nacional LGBT", em que foram implementadas: a criação da Coordenação Geral de Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (LGBT) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais, ambos vinculados à Subsecretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, da SDH.

A Rússia é um país totalmente opressor no que diz respeito aos direitos dos transgêneros, isto se deve, talvez, a recente transição entre o comunismo e republicanismo, neste contexto, as leis não dispõem sobre direitos igualitários entre pessoas do mesmo sexo. Herszenhorn (2016) diz que apesar da cultura vibrante e do poder econômico, a Rússia permanece como um país onde a discriminação e até a mesmo a violência contra transgêneros é aceitável.

Totalmente contrário ao que acontece na Rússia, a Holanda desempenha um papel de humanismo imensurável. Na Holanda os transgêneros estão ganhando espaço, inclusive com direitos regulamentados por lei. Curvo (2012) relata que o país lidera a campanha pelos direitos LGBT's pelo mundo inteiro, especialmente na Europa, onde há muita discriminação contra esses grupos.

Observando a forma como os direitos dos transgêneros são tratados na Holanda, onde são respeitados e existem leis que os protegem, e países onde há total descaso com esses grupos de pessoas, inclusive no Brasil, percebe-se que temos muito a avançar para fazer jus aos Estado Democrático de Direito. Em primeiro lugar, os legisladores devem se lembrar do que determina a Constituição de 1988 no artigo 5º.

Art.5º- Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]. (BRASIL, 2018).

Se observado este direito, todos viveriam a liberdade em todos os sentidos, inclusive a liberdade de gênero. Pois a questão homofóbica é uma questão social, que está pautada antes de tudo na falta de informação e na falta de leis e políticas públicas que asseguremos direitos do ser humano como um todo.

5 Direito a ter sua identidade sexual

De acordo com Nery (2017) tramita no Senado o projeto de Lei proposto pelo deputado Jean Wyllys intitulada Lei de Identidade de Gênero, que visa reconhecer o direito a identidade de gênero de todas as pessoas trans no Brasil, sem que haja necessidade de recorrer a autorização judicial, laudos médicos ou de psicólogos.

Preserva todo o histórico de vida, assegura o acesso a saúde no processo transexualizador, despatologiza as transidentidades para a assistência médica e preserva o direito a família perante as mudanças registras. Propõe também que psicoterapia só se já feita caso o interessado assim o deseje. (NERY, 2017, p.93)

Nery (2017) informa que está lei foi baseada na experiência da Lei de identidade de gênero Argentina, aprovada em 2012 por maioria no Congresso, a qual segue com grande sucesso. Continua nas comissões do Congresso para poder ir a plenário, esperando parlamentares menos conservadores e mais abertos aos direitos humanos. Referente ao autor citado acima a regulamentação da lei demandará uma legislação específica que coíba e puna a discriminação de gênero nos diversos níveis de sociedade- em espaços educacionais, de saúde, prisionais, banheiros, delegacias, locais de internação coletiva, de trabalho e na família. É preciso também um trabalho árduo e contínuo de conscientização, por vários meios, para que os LGBT's sejam respeitados.

Segundo Dias (2014) em nome de uma coalizão de organizações de direitos humanos, a Comissão Internacional de Juristas e o Serviço Internacional de Direitos Humanos, formada por especialistas em legislação internacional, desenvolveram projeto com o objetivo de criar um conjunto de princípios jurídicos internacionais sobre a aplicação da

legislação internacional as violações de direitos humanos, com base na orientação sexual e identidade de gênero.

O autor relata que em novembro de 2006, vinte e nove especialistas de vinte e cinco países, reunidos na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta- Indonésia, elaboramos Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação a Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Trata-se de uma espécie de nova interpretação das normas já existentes sobre direitos humanos, a fim de aplica-las em situações de discriminação em virtude das orientações sexuais. Devem ser efetivamente aplicados pelos Estados, uma vez que as regulamentações existentes sobre direitos humanos já foram ratificadas em diversos tratados internacionais. Nada mais do que uma reinterpretação dessas legislações. Foram consagrados os seguintes princípios, segundo o autor Dias:

- Direito ao Gozo Universal dos Direitos Humanos;
- Direito a igualdade e a Não Discriminação;
- Direito ao Reconhecimento perante a Lei;
- Direito a Vida;
- Direito a Segurança Pessoal;
- Direito a Privacidade;
- Direito de não sofrer Privação Arbitraria da Liberdade;
- Direito a um Julgamento Justo;
- Direito a Tratamento Humano durante a Detenção;
- Direito de não Sofrer Tortura e Tratamento ou Castigo Cruel, Desumano e Degradante;
- Direito a Proteção Contra todas as formas de Exploração, Venda ou Tráfico de Seres Humanos;
- Direito ao Trabalho;
- Direito a Segurança Social e outras Medidas de Proteção Social;
- Direito a um Padrão de Vida Adequado;
- Direito a Habitação Adequada;

Direito a Educação;
Direito ao Padrão mais Alto Alcançável de Saúde;
Proteção Contra Abusos Médicos;
Direito a Liberdade de opinião e Expressão;
Direito a Liberdade de Reunião e Associação Pacíficas;
Direito a Liberdade de Pensamento, Consciência e Religião;
Direito a Liberdade de Ir e Vir;
Direito de Buscar Asilo;
Direito de Constituir uma Família;
Direito de Participar da Vida Pública;
Direito de Participar da Vida Cultural;
Direito de Promover os Direitos Humanos;
Direito a Recursos Jurídicos e Medidas Corretivas Eficazes;
Responsabilização (*accountability*). (DIAS, 2014).

Trata-se de amplo espectro de normas de direitos humanos de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Afirmam normas jurídicas internacionais vinculantes, a serem cumpridas por todos os Estados. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados. São feitas recomendações adicionais as Nações Unidas, instituições nacionais de direitos humanos, mídia, organizações não governamentais e financiadores.

5.1 Direito de Personalidade

Após o nascimento de um indivíduo, venha a ser necessário o registro civil deste com um nome, para assim identificar sua origem familiar. Diante disso o Código Civil 2002 dita expressamente em seu texto que todo indivíduo tem o direito ao nome: **Art. 16**. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. Seguindo a mesma premissa, Dias diz que:

Todos têm direito a um nome. Não só ao próprio nome, mas também à identificação de sua origem familiar. O nome dos pais e dos ancestrais comprova que a pessoa está inserida em um grupo familiar. O patronímico pertence à entidade familiar, e identifica os vínculos de parentesco. (DIAS, 2013, p. 134)

Nos casos dos transgêneros não poderia ser diferente, terá o mesmo direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, sendo necessário apenas a manifestação de vontade. Um dos maiores anseios da contemporaneidade é o da igualdade, a qual está conjugada à noção de cidadania, como marcos descritos na Constituição Federal em seu artigo 5º. A ideia de igualdade está intimamente ligada à justiça, já que embasa a criação das regras, valorizando moralmente a igualdade, enquanto princípio que se abre em diversos sentidos, dentre os quais se encontram aqueles que são o foco do escrito: gênero e sexo. De acordo com Dias (2014) os travestis, transexuais e transgêneros são os mais vitimados por bullying na escola, o que é a maior causa de abandono escolar por este grupo de pessoas.

Formam o segmento alvo de maior preconceito e discriminação, pois a identidade de gênero não consegue ser escondida, o que causa enorme dificuldade de inserção no mercado de trabalho. Em face disso, o Ministério da Educação expediu portaria 233/2010, de 18/05/2010, assegurando a transexuais e travestis o direito a escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos nos registros escolares no âmbito do Ministério. (DIAS, 2014, p. 340).

Outro ponto importante foi a expedição da portaria do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão assegurando a utilização do nome social aos servidores públicos, travestis e transexuais no âmbito da Administração Pública Federal Direta, Autárquica e Fundacional.

É neste contexto em que se discute a questão da afirmação da igualdade em virtude da orientação sexual do indivíduo, já que a não-discriminação pela orientação sexual concretiza o princípio da igualdade. Tal princípio está inserido no ordenamento jurídico brasileiro como expressão simultânea da igualdade diante da lei e da igualdade na lei, expressões estas que possuem significações distintas acerca do direito à igualdade.

5.2 Alteração de nome

Wunsch (2008) afirma que o princípio da igualdade, pelo viés formal, pressupõe uma aplicação dos direitos em considerar a personalidade de seu destinatário perante a norma. É a primazia da lei no Estado de Direito. Sob a égide da igualdade formal, portanto, aplica-se a lei a todas as pessoas, para tratá-las de modo igual diante da sua consideração abstrata enquanto sujeitos de direito.

O autor ressalta que o direito à diferença deve ser assegurado judicialmente para que os fundamentos do Estado Democrático de Direito sejam resguardados, em especial, pelo Poder Judiciário, eis que assume o papel de ser guardião da cidadania, principalmente para aqueles que a sociedade julga como diferentes.

No contexto da sexualidade o debate não pode pautar-se apenas sob o aspecto do que é normatizado, pois o Estado não exerce mais um papel de controle sobre a constituição das formas de famílias. É, na verdade, uma ruptura do paradigma masculinizado em que a família se assentava classicamente, como quebrada ideia do patriarcalismo. Neste mesmo sentido uma decisão tomada com relação a alteração de nome:

APELAÇÃO CÍVEL – RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL – AUTORA QUE É MULHER TRANSGÊNERO E, POR ISSO, PRETENDE A RETIFICAÇÃO DE SEU ASSENTO DE NASCIMENTO PARA QUE SEJA ALTERADO O SEXO

MASCULINO PARA FEMININO, BEM COMO SEJA ALTERADO O SEU PRENOME, PARA QUE PASSE A CORRESPONDER AO NOME UTILIZADO SOCIALMENTE – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE CIRURGIA DE REDESIGNAÇÃO DE SEXO E DE PROVA DE ACOMPANHAMENTO COM MÉDICO PSIQUIATRA OU ENDOCRINOLOGISTA – EXIGÊNCIAS APONTADAS PELO D. MAGISTRADO A QUO QUE SE REVELAM TOTALMENTE DESCABIDAS – No julgamento da ADI 4275, o Plenário do STF deu interpretação conforme a Constituição e ao Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil – Posicionamento também adotado no julgamento do RE 670422, com repercussão geral reconhecida (Tema 761) – Conforme o entendimento da Corte Suprema, para acolhimento do pedido autoral, bastaria sua manifestação de vontade – Sentença que, neste cenário, não pode ser considerada fundamentada, nos termos do art. 489, § 1º, inc. VI, do CPC, já que o precedente invocado pela parte autora sequer foi apreciado – Hipótese de nulidade do veredito monocrático por ofensa ao art. 93, IX, da CF, que prevê a exigência de fundamentação de todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário – Inaplicabilidade da Teoria da Causa Madura, prevista no art. 1.013, § 3º, IV, do CPC, a fim de se evitar o cerceamento de defesa – Observação de que a autora almeja não só alterar seu prenome, mas também acrescentar dois sobrenomes – Imperiosa a cassação da r. sentença por se fazer necessário o retorno dos autos à origem para reabertura da instrução probatória, concedendo-se à autora a oportunidade de comprovar hipótese de adoção dos nomes de família ou, então, emendar o pedido inicial relativo à alteração de seu prenome - RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível – Digital Processo n.: 1021270-02.2019.8.26.0001 Origem: 5ª Vara de Família e Sucessões do Foro Regional de Santana Magistrado: Dr. Irineu Francisco da Silva. Voto n. 00997G. (TJ-SP - AC: 10212700220198260001 SP 1021270-02.2019.8.26.0001, Relator: Rodolfo Pellizari, Data de Julgamento: 11/03/2021, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021).

O desejo das pessoas trans é de poder alterar seu nome social e gênero nos documentos de identificação, também em muitos casos desejam fazer a cirurgia de redesignação de sexo como intuito de viver como se sentem.

5.3 Lei Maria da Penha X Transgêneros

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, mais conhecida como “Lei Maria da Penha” criada com o objetivo de proteção as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Ainda que esteja em tramitação o projeto de lei que estende a aplicação da Lei Maria da Penha, observando mulheres trans, é de suma importância o Poder Judiciário definir o alcance da norma baseando-se em um entendimento na moral prevista na constituição federal 1988, de forma a dar maior efetividade ao princípio da dignidade humana.

O projeto de lei do Senado, nº 191, de 2017, de autoria do Senador Jorge Viana, deixa claro em seu escopo a necessidade de que tal abrangência seja observada de forma legal, não cabendo somente ao entendimento do poder judiciário e consequentemente podendo haver uma possível discordância na aplicação normativa, do qual amplia combater a violência doméstica e familiar contra pessoas que se identifiquem como sendo do sexo feminino. Nesse sentido caso não houver recurso o projeto irá seguir para a Câmara dos Deputados:

Embora o foco inicial tenha sido a proteção da mulher, é cediço que o ordenamento jurídico deve acompanhar as transformações sociais. Nesse contexto, entendemos que a Lei Maria da Penha deve ter o seu alcance ampliado, de modo a proteger não apenas as mulheres nascidas com o sexo feminino, mas também as pessoas que se identificam como sendo do gênero feminino, como é o caso de transexuais e transgêneros. Estamos falando, portanto, de conferir a proteção especial da Lei Maria da Penha a pessoas que

se enxergam, se comportam e vivem como mulheres, e que, da mesma forma que as que nascem com o sexo feminino, sofrem violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral por parte de parentes, companheiros ou conviventes. Com esse propósito, a presente proposição acrescenta ao art. 2º da Lei Maria da Penha a expressão “identidade de gênero”, a fim de permitir a sua aplicação a transexuais e transgêneros que se identifiquem como mulheres.” (SENADO, 2019).

Mesmo sabendo da morosidade com que as normas jurídicas se adaptam para seguir amparando os anseios da sociedade, usa-se de forma análoga alguns entendimentos com o intuito de garantir a justiça a todos, caso claro vê-se na aplicabilidade da Lei Maria da Penha.

5.4 Transgêneros x Sistema Carcerário

Em compêndio o sistema carcerário Brasileiro consiste em prisão de indivíduos tanto homens quanto de mulheres que em si já obtêm suas próprias dificuldades em mandar os presos em ordem e em máximo nível de organização. A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º §, inciso III, defende a busca da realização de direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade, nas mais diferentes áreas. Para tanto os transgêneros vem exigindo o direito de obter a cela de acordo com seu tipo de gênero. Neste sentido uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF em defesa da classe foi enviado junto ao STF para um parecer do órgão. Nesse sentido:

A Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais ingressou no Supremo Tribunal Federal (STF) com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 527), na qual pede que a Corte dê à Resolução Conjunta da Presidência da República e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) 1/2014 interpretação compatível com a Constituição Federal a fim de que as custodiadas transexuais somente cumpram pena em estabelecimento prisional compatível com o

gênero feminino. A ADPF foi distribuída ao ministro Luís Roberto Barroso. Em aditamento à petição inicial da ADPF, a entidade retificou o pedido em relação às custodiadas travestis identificadas socialmente com o gênero feminino. Nesse caso, o pedido é para que possam optar por cumprir pena em estabelecimento prisional do gênero feminino ou masculino [...] Segundo a autora da ADPF, pedidos judiciais e administrativos de transferência de travestis e transexuais a estabelecimentos prisionais compatíveis com o gênero feminino têm sido negados sistematicamente, circunstância que justifica a concessão de liminar para assegurar tal direito. No mérito, a entidade pede que o STF dê interpretação conforme a Constituição aos dispositivos da Resolução Conjunta Presidência da República e Conselho Nacional de Combate à Discriminação 1/2014 para assentar que as custodiadas transexuais somente poderão cumprir pena em estabelecimento prisional compatível com o gênero feminino. Quanto às custodiadas travestis identificadas socialmente com o gênero feminino deve-se garantir o direito de opção entre estabelecimento prisional feminino ou masculino. (BRASIL, 2018).

E é nesse mesmo caminho que observamos em diversas outras camadas normativas, quando a criação de leis que dariam garantias e amparos as minorias não acompanham as mudanças sociais, quase sempre por conta de um legislativo letárgico. Explicita-se tais casos no que tange o sistema carcerário. Hoje, a lógica utilizada para a separação carcerária é a binária por gênero, não respeitando o auto reconhecimento, algo muito particular e íntimo.

Numa tentativa de correção e preenchimento de lacunas jurídicas que desamparam o público transgênero, em 17/04/2014 entrou em vigor uma resolução conjunta do Conselho Nacional de Combate à Discriminação - CNCD/LGBT e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, publicada no DOU (Diário Oficial da União) (2014) estabelecendo diretrizes no acolhimento de membros LGBTQIA⁺. A resolução prevê que a pessoa travesti ou transexual que esteja em privação de liberdade tenha

direito a ser chamada pelo seu nome social, conforme a sua identidade de gênero. Estabelece ainda, que:

Ás travestis e aos gays privados de liberdade em unidades prisionais masculinas, considerando a sua segurança e especial vulnerabilidade, deverão ser oferecidos espaços de vivência específicos [...] transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas, e o Estado deverá garantir tratamento igual às mulheres transexuais ao das demais mulheres em privação de liberdade. (JUSTIÇA, 2014).

Em seu artigo, Heloisa Bezerra Lima e Raul Victor Rodrigues do Nascimento (2014) fazem o paralelo do cárcere e os grupos transgêneros inseridos dentro desse contexto. Eles deixam claro a perspectiva de desconhecimento e resistência do legislador nas questões de gênero no âmbito carcerário.

A questão do gênero dentro do sistema carcerário ainda passa, obrigatoriamente, por uma questão social muito mais ampla, complexa e, em certa medida, desumana. A estrutura carcerária se limita a representar e reconstruir aquilo que ocorre, de forma quase legitimada, em seu exterior. Por isso, ainda é difícil tratar de dar resoluções quando na dependência de concepções ainda pouco compreendidas pela sociedade como um todo; a própria situação carcerária é compreendida em toda sua decrepitude como justa e merecida por uns, o que torna o debate tão necessário ainda difícil e mal compreendido.

5.5 Ordenamento Jurídico x Transgêneros

Em linhas gerais, Rios (2002) afirma acerca da aplicação do princípio da igualdade no ordenamento brasileiro:

Inicialmente, pode-se afirmar que a igualdade perante a lei (igualdade formal) diz respeito à igual aplicação do direito vigente sem distinção com base no

destinatário da norma jurídica, sujeito aos efeitos jurídico, decorrentes da normatividade existente; a igualdade na lei (igualdade material), por sua vez, exige a igualdade de tratamento dos casos iguais pelo direito vigente, bem como a diferenciação no regime normativo em face das hipóteses distintas. (RIOS, 2002, p. 31).

Embora o legislativo brasileiro se mostre avesso a legislar sobre as questões referentes aos direitos dos transgêneros, na esfera nacional, estadual e municipal algumas medidas vem sendo definidas nos últimos anos. Medidas estas que não abrangemos mesmos tipos de violações contra os direitos, mas podem ser medidas mais amplas ou mais restritas, depende do caso em questão.

STF reafirma direito de transgêneros de alterar registro civil sem mudança de sexo.

Figura 2 - Logomarca do Supremo Tribunal Federal



Fonte: STF, 2021.

Assim veio uma conquista pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, em decisão realizada ao Recurso Extraordinário (RE) 670422, que com repercussão geral reconhecida, para autorizar a alteração do registro civil de pessoa transgênero, diretamente pela via administrativa, independentemente da realização de procedimento

cirúrgico de redesignação de sexo. O STF aplicou ao recurso o entendimento fixado anteriormente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, sobre o mesmo tema.

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmos em a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo. A decisão ocorreu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4275, encerrado na sessão plenária realizada no dia 1 de março de 2018. A ação foi ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR) a fim de que fosse dada interpretação conforme a Constituição Federal ao artigo 58 da Lei 6.015/1973, que dispõe sobre os registros públicos, no sentido de ser possível a alteração de prenome e gênero no registro civil mediante averbação no registro original, independentemente de cirurgia de transgenitalização.

Todos os ministros da Corte reconheceram o direito, e a maioria entendeu que, para a alteração, não é necessária autorização judicial (STF). O Conselho Pleno da Ordem dos advogados do Brasil - OAB em sua instância máxima aprovou uso de nome social por advogadas travestis e transexuais em sua carteira profissional da OAB, e com muita emoção conta uma das advogadas que passou por tal experiência:

A advogada travesti Marcia Rocha afirmou ter recebido com emoção a decisão do Conselho Pleno. 'É extremamente emocionante para mim. As pessoas me cobram isso, perguntam sobre isso. Ainda estou emocionada porque é um marco histórico. Há uma repercussão muito grande diante do que aconteceu aqui hoje. Vai haver uma repercussão nacional muito grande. É uma demanda antiga o uso do nome social. Temos conseguido alterações de nome civil através da Justiça, mas muitas pessoas não desejam ou não podem fazer essas alterações e desejam simplesmente o uso do nome social e é uma demanda antiga e muito difícil. É muito importante até para o exercício da minha profissão', disse a advogada. (OAB, 2016).

Em suma o ordenamento jurídico como uma forma de correção e preenchimento de lacunas jurídicas vem aprimorando as leis existente no país para adaptações aos casos que surgem pela classe de transgêneros. Contudo isso não visa ser suficiente para este público tendo em vista as necessidades diárias de cada indivíduo, seja no seu âmbito de trabalho, escola, instituição prisional, vida social e demais ambientes.

Em todas as áreas de sua vida este direito deve e pode ser respeitado, sendo possível que o ordenamento jurídico olhe para essa classe com devido respeito e dignidade, o ser humano, independente de gênero, é digno de respeito, igualdade social e garantias jurídicas.

6. Considerações finais

Após desenvolver esta pesquisa, pode-se concluir que tanto no Brasil, quanto na maioria dos países, os direitos dos transgêneros não são totalmente respeitados. Não há leis que visem assegurar os direitos, nas políticas públicas que tenha objetivo claro de assegurar direitos a esses grupos de pessoas.

Os poucos direitos garantidos duelam com o preconceito, portanto, devemos pôr na balança as questões empáticas para os transgêneros em âmbito brasileiro, utilizar o que for exemplo de direitos humanos e colocá-los em prática, deixar de lado o conservadorismo e criar um ambiente onde todos possam ter garantias fundamentais de segurança e ter os direitos respeitados.

Este trabalho foi desenvolvido baseando-se em artigos, teses, livros e relatos bibliográficos, e texto que relata os (des)amparos dos transgêneros no ordenamento jurídico brasileiro, onde há poucas leis que asseguram direitos a este grupo de pessoas. Novas pesquisas bibliográficas e de campo devem ser desenvolvidas para avaliar os avanços e retrocessos

da legislação brasileira no que tange a defesa dos direitos dos Transgêneros.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AURÉLIO. **Dicionário on-line**. Abril, 2018. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/sexo/>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasileira, DF: Senado Federal, 1988.

CHINOY, Ely. **Sociedade**: Uma introdução a Sociologia. São Paulo: Editora Cultrix, 1969.

CUNHA, Leandro Reinaldo da. **Identidade de gênero sob a atual perspectiva dos tribunais superiores**: a possibilidade da mudança de nome e gênero nos documentos independentemente da realização de procedimentos cirúrgicos prévios. Revista dos Tribunais [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n.986, dez. 2017. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/119420/Leandro%20Reinaldo%20da%20Cunha%20.pdf>>. Acesso em: 17 janeiro 2021.

CURVO, Márcia. **Orgulho Gay** - lema do governo holandês "Nós estamos com vocês". Disponível em: <<http://www.brasileirosnaholanda.com/novo/coluna/630/> html> Acesso em: 14 mar. 2021.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DAMASCENO, Cátia. **Mulheres bem resolvidas**. 2017. Disponível em: <<http://www.mulheresbemresolvidas.com.br/catia-damasceno/>>. Acesso em: 15 abril 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homo afetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **O estudo atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FÀBIO, André Cabette. **Como está o julgamento dos assassinos da travesti Dandara, uma no depois**. Março de 2018. Disponível em: <<https://www.nexojournal.com.br/expresso/2018/03/12/Como-est%C3%A1-o-julgamento-dos-assassin-os-da-travesti-Dandara-um-ano-depois>>. Acesso em: 25 abril 2021.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. **Preconceito e discriminação**. São Paulo: Editora 34, 2004.

HERSZENHORN, David M. **Na contramão de outros países, Rússia limita os direitos gays**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/mundo/na-contramao-de-outros-paises-russialimita-direitos-dos-gays-9492676>> Acesso em: 01 abril 2021.

JESUS, Jaqueline G. **Visibilidade transgênero no Brasil**. Correio Braziliense, caderno de Opinião, p.13. 2012. Disponível em: <<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2012/1/18/visibilidade-transgenero-no-brasil>>. Acesso em: 21 abril 2021.

LIMA, H. B.; Rodrigues do Nascimento, R. V. **Transgeneridade e cárcere: diálogos sobre uma criminologia transfeminista**. Revista Transgressões, v. 2, n. 2, p. 75-89, 10 dez, 2014.

NERY, João W. et al. **Vidas trans: a coragem de existir**. São Paulo: Ed. Astral Cultural, 2017.

PICAZIO, Claudio. **Sexo secreto: Temas polêmicos da sexualidade**. São Paulo: Edições GLS, 1999.

RIOS, Roger Raupp. **O princípio da igualdade e a discriminação por orientação sexual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SENADO, Agência. **Mulheres transgênero e transexuais poderão ter proteção da Lei Maria da Penha, Aprova CCJ**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protacao-da-lei-maria-da-penha-aprova-cj>. Acesso em: 01 maio 2021.

MINISTERIO. Justiça. **Resolução defino novos parâmetros para acolhimento da comunidade LGBT nas prisões**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/resolucao-define-novas-regras-para-acolhimento-da-comunidade-glb-tem-unidades-prisionais>>. Acesso em: 07 maio 2021.

OAB. **Oab aprova uso de nome social por advogadas travestis e transexuais**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/51639/oab-aprova-uso-de-nome-social-por-advogadas-travestis-e-transexuais>> Acesso em: 17 março 2021.

STF. **Ação pede que STF afirme direito de transexuais de cumprir pena em presídio feminino**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=383132>>. Acesso em: 03 abril 2021.

STF. **O Supremo Tribunal Federal autorizou a mudança de sexo no registro civil sem cirurgia**. Disponível em: <http://www.osul.com.br/o-supremo-tribunal-federal-autorizou-mudanca-de-sexo-no-registro-civil-sem-cirurgia/>>. Acesso em: 20 março 2018.

SZANIAWSKI, Elimar. **Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual p.72**. Disponível em: <http://www.mulheresbemresolvidas.com.br>>. Acesso em: 05 abril 2021.

WUNSCH, Guilherme. **Sujeitos de Direito das Famílias: transexualidade e bioética um debate interdisciplinar**, 2008.

Capítulo 22

Análise do assédio sexual no trabalho e sua devida reparação

*Joice Suellen Menezes da Silva
Rochelle Ferreira Paraiso
Lucas Campos de Andrade
Ana Flávia Sales*

1 Introdução

O assédio sexual no ambiente de trabalho é um ato de constrangimento enorme para o trabalhador, em que na maioria das vezes é utilizada a posição hierárquica do agente ou sua influência para obter vantagens sobre o empregado. O assédio sexual pode ser por chantagem quando o assentimento ou a recusa de uma tentativa sexual é determinante para que o assediador escolha o que benéfico ou não para a pessoa assediada no seu ambiente de trabalho.

O assédio por intimidação engloba condutas que procedem em um ambiente ameaçador, intimidativo ou humilhante (exemplo: ameaças a exibição de conteúdos íntimos da vítima). Acontece na maioria dos casos de forma silenciosa e sem a presença de testemunhas, impactando moralmente e psicologicamente, deste modo causando danos irreparáveis à vítima.

O presente artigo tem a finalidade de apresentar uma análise detalhada do crime de Assédio sexual no ambiente de trabalho. Buscando especificamente o entendimento mais amplo sobre e a Responsabilidade civil, sobre os atos praticados, sendo esta responsabilidade direta e indireta. Analisa-se, pois, a responsabilidade do empregador de oferecer

segurança e um ambiente hostil ao empregado em que se possa prestar seus serviços sem qualquer dano.

Neste seguimento o presente estudo terá como objetivo demonstrar que a sociedade deve aprender a importância da denúncia do assediante para punição do ato ilícito a fim de que a empresa ou empregador se responsabilize sobre o que acontece dentro da empresa e se disponha a promover campanhas e medidas de coerção eficaz dentro da própria empresa.

2 O contexto histórico do assédio sexual no direito do trabalho

Para aprofundarmos sobre tal tema devemos entender um pouco sobre direitos humanos e garantias constitucionais fundamentais. Nas palavras de Bruna Pinotti Garcia e Rafael de Lazari:

Na atualidade, a primeira noção que vem à mente quando se fala em direitos humanos é a dos documentos internacionais que os consagram, aliada ao processo de transposição para as Constituições dos países democráticos. Acrescentando-se que existem direitos inatos ao homem independentemente de previsão expressa por serem elementos essenciais na construção de sua dignidade. (LAZARI; GARCIA, 2019, p. 50)

Direito fundamental: são direitos positivados no ordenamento jurídico brasileiro, previstos na Constituição Federal de 1988. Direitos básicos, sociais, políticos, igualdade, liberdade, entre muitos outros elencados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como direitos humanos fundamentais”. (MORAES, 2011, p. 91).

Todos temos direitos previstos e tutelados em lei, embora iguais perante a lei esses direitos nem sempre foram garantidos a todos de maneira igualitária. Na antiguidade as mulheres eram tratadas como objeto, a ideia de superioridade masculina prevalecia. Nascidas e criadas para servir às vontades masculinas sexuais por mais bizarras que fossem, não tinham Direitos e eram julgadas apenas como um organismo vivo que satisfaziam seus desejos sexuais e daria luz a um filho seu, de preferência um filho “macho”, como diziam.

Na idade média esse conceito de superioridade ainda se encontrava presente, com grande influência da igreja, mulheres eram uma propriedade e seus maridos eram seus donos e seus proprietários. O prazer não era racional, buscava-se em qualquer mulher que detinham em suas mãos, e as culpavam por seus atos insolentes, que na verdade se consideravam naturais e necessários, assegurados a preservação de sua honra masculina. Reprimida pelo marido, julgada pela sociedade e com coerção de representantes da fé, mulheres se tornaram o “sexo frágil”.

Passado a guerra, meados do século XX, depois das grandes guerras mundiais, com os avanços da tecnologia, e avanços científicos, a mulher ganha novas possibilidades de conquistar seu espaço, um processo lento que visa conquista na área social, trabalhista, jurídica e até mesmo familiar que percute até nos dias de hoje. Mesmo com posição importante na sociedade, as mulheres ainda enfrentam desafios diários para manter seu lugar. Embora conquistado seu espaço na área trabalhista, a mulher ainda encontra grandes dificuldades, como o “assédio sexual”. (MICHEL, 2016).

Trata-se de uma coerção cometida por uma pessoa no ambiente de trabalho, ocupante de um cargo hierarquicamente maior, impondo e subordinado, sendo homem ou mulher. O Assédio sexual foi definido pelo Congresso Nacional como violação do bem-estar de uma mulher ou homem, sendo um ato de insinuações sexuais.

2.1 Ambiente de trabalho e assédio sexual

Assédio sexual de forma básica e compreensível é a obtenção de vantagens sexuais no ambiente de trabalho em função do seu cargo ou por seu nível hierárquico, superiores que fazendo uso do seu poder coercitivo sobre o empregado, viola sua liberdade sexual. O assunto pouco comum no Brasil é previsto no ordenamento jurídico como crime, de acordo com o Código Penal brasileiro:

Constranger alguém com intuito de levar vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua forma de superior hierárquico, ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função: Pena: detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos. (BRASIL, 1940).

Conforme preceitua Lippmann:

O que caracteriza o assédio sexual é o pedido de favores sexuais pelo superior hierárquico, com promessa de tratamento diferenciado em caso de aceitação e/ou de ameaças, ou atitudes concretas de represálias no caso de recusa, como a perda do emprego, ou de benefícios. É necessário que haja uma ameaça concreta de perda do emprego, de promoções, de transferência indevida. É caracterizado pela insistência e inoportunidade. É a cantada desfigurada pelo abuso de poder, que ofende a honra e a dignidade do assediado. (LIPPMANN, 2001, p. 22-23).

São necessários requisitos para que se concretize crime de assédio sexual: a) assediador (sujeito ativo) e assediado (sujeito passivo); b) conduta do assediador seja de cunho sexual; c) rejeição desta conduta pela vítima, d) a dos atos praticados pelo agente, não sendo estes simples galanteios e elogios.

As vítimas desse abuso podem ser homens ou mulheres, mas a maior vítima desse assédio é a classe feminina, que muitas das vezes não

denunciam por medo de serem criticadas pela sociedade, por estarem denunciando um ato que desrespeita sua dignidade como pessoa humana. Por falta de auxílio, apoio e informações sobre onde buscar ajuda para reparar e punir o agente que cometeu atos ilícitos.

Por acharem que estão querendo aparecer, ou por estarem levando a sério demais algumas situações, são levadas a se calarem e a se submeterem a essas situações, não só por medo das críticas, mas também por medo de perderem seus empregos. É de extrema relevância que o empregado, se sinta seguro, sem medo de conviver tanto no âmbito do trabalho. Assegurado que qualquer ato que a constranja e viola sua liberdade sexual, estará previsto em lei a sua punição.

3 Responsabilidade civil do empregador

Embora no ordenamento jurídico não haver uma definição legal exata sobre o tema “assédio sexual”, podemos encontrar doutrinas e princípios, do qual objetivam a reparação do dano. A responsabilidade civil no ambiente do trabalho, trata-se dos direitos da vítima de ser reparado pelo ato sofrido em local de trabalho. Podendo o empregador incorrer em dolo ou culpa, e a vítima pleitear ressarcimento em face do causador do dano, com intuito de buscar o equilíbrio.

No âmbito trabalhista existem espécies de responsabilidade civil, responsabilidade extracontratual e contratual. A responsabilidade extracontratual são aqueles deveres implícitos no contrato, mas que estão expressamente na lei, já a contratual é aquela prevista em contrato entre as partes, sendo elas objetivas e subjetivas. A objetiva são os riscos que o empregador assume para desempenhar suas atividades, assumindo assim os ônus, sejam elas; ofensas físicas e psicológicas, assédio moral, assédio sexual, dentre outras. Mesmo que não seja com intenção de causar danos, independentemente de culpa ou dolo.

A subjetiva os riscos estão resguardados na negligência, imprudência ou imperícia, com nexos de causalidade. Ambos são tutelados pelo Código Civil de 2002, nos artigos 186 e 187:

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).

Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL, 2002).

Ainda que não haja intenção de causar danos, embora ilícito, uma vez cometido deverá ser reparado. O empregador em sua responsabilidade objetiva assume os riscos para o desempenho de suas atividades, não sendo necessário provar culpa. Conforme descrito no artigo 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988:

São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; (BRASIL, 1988).

Conforme a lei, os empregadores são encarregados na reparação dos danos decorrentes dos atos praticados pelos seus empregados. A lei regulamenta que é responsabilidade da empresa os atos praticados pelos empregados cometidos dentro do ambiente de trabalho, a fim de promover um bom ambiente de trabalho que seja hostil, não somente para as mulheres, mas também para todos aqueles que nela prestam serviços. No Direito do Trabalho, a responsabilidade pela reparação à vítima é da empresa, em decorrência da previsão legal. Estabelece o Código Civil que:

São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; (BRASIL, 2002).

A jurisprudência a ser explanada demonstra a responsabilidade do empregador quanto da prática do assédio sexual, visto ser de sua obrigação, a guarda da idoneidade e tranquilidade dos seus empregados. Nesse sentido, tem-se o seguinte:

ASSÉDIO SEXUAL NO LOCAL DE TRABALHO. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. O empregador tem o dever de assegurar ao empregado, no ambiente de trabalho, a tranquilidade indispensável às suas atividades, prevenindo qualquer possibilidade de importunações ou agressões, principalmente as decorrentes da libido, pelo trauma resultante às vítimas. (TRT 03ª R., 01ª Turma, RO 14134/2001, Juíza Rel. Maria Auxiliadora Machado Lima, j. 13-01-2001).

No mesmo sentido, o Tribunal da 03ª Região estabeleceu o que se segue na ementa:

ASSÉDIO SEXUAL. DANOS MORAIS. Demonstrada a prática de ato lesivo à honra e à dignidade da obreira, em face do comportamento assediante dos prepostos, de conotação sexual, resta configurado o dano moral, que deve ser reparado pelo empregador, a teor do disposto nos artigos 2º/CLT, 159 e 1521, III, do Código Civil. (TRT 12ª R., 02ª Turma, RO-V 2125/2000, Juiz Rel. José Luiz Moreira Cacciari, j. 23-01-2001).

Ao contratar um funcionário ele agirá em nome da empresa tornando a mesma responsável pelas ações do funcionário, chamado de *culpa in eligendo*. Segundo a Súmula 341 do STF: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”. (BRASIL, 1963). Ademais responde por *culpa in vigilando*, por não controlar a

atitude de seus prepostos, portanto, o empregado que sofre assédio, terá direito a indenização por danos materiais e morais, devido pelo empregador.

3.1 Rescisão indireta

Após o ocorrido o assédio sexual no ambiente do trabalho, poderá o empregado rescindir o contrato de trabalho e pleitear indenização, ainda que a CLT não trate expressamente o assédio sexual como motivo de rescisão indireta. O empregado deverá ajuizar uma ação trabalhista buscando a rescisão indireta, tendo todas as verbas rescisórias, conforme artigo 483 do Decreto Lei nº 5.452:

O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

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

§ 1º - O empregado poderá suspender a prestação dos serviços ou rescindir o contrato, quando tiver de desempenhar obrigações legais, incompatíveis com a continuação do serviço.

§ 2º - No caso de morte do empregador constituído em empresa individual, é facultado ao empregado rescindir o contrato de trabalho.

§ 3º - Nas hipóteses das letras d e g, poderá o empregado pleitear a rescisão de seu contrato de trabalho e o pagamento das respectivas indenizações,

permanecendo ou não no serviço até final decisão do processo. (BRASIL, 1943).

O ambiente de trabalho sofre uma desarmonia, falta de rendimento e qualidade do empregado, ocasionando prejuízos à empresa, além dos danos psicológicos causados ao assediado. Se o agressor for dispensado deverá ser verificado com a vítima que tenha sofrido o assédio a opção de continuar ou não trabalhando no curso do processo, mantendo ou não o vínculo empregatício.

3.2. Justa causa

Embora não há previsão explícita na CLT a dispensa por justa causa por assédio sexual ao assediador. Poderá o mesmo ser dispensado por justa causa com alínea no artigo 482 “b”, “h”, “j” e “k” do Decreto Lei nº 5.452, que dispõe:

Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem; (BRASIL, 1943).

Havendo aplicação da justa causa o empregado assediador perderá diversos direitos, como aviso-prévio, férias proporcionais, 1/3 de férias, 13º salário, FGTS, multa de 40% do FGTS e Seguro-Desemprego.

4 Dano moral e reparação

Caracterizado por ofensas ou violações da moral de uma pessoa, que ferem à honra, à liberdade, à saúde, e sendo prejudicial aos seus valores.

O art. 932, inciso III do Código Civil, dispõe que o empregador será responsável pela reparação civil de seus empregados, quando no exercício do trabalho. No art. 92, do Código Civil, diz que cometendo o ato ilícito ficará obrigado a repará-lo, sendo independente de culpa, e sua atividade implicará por natureza dano e riscos aos direitos de outrem.

O interesse principal nas relações estabelecidas pelo empregador e empregado, em contrato de trabalho, é que as partes realizem seus objetivos, mantendo o respeito aos dispositivos previstos no ordenamento jurídico, e normas da própria empresa ou empregador, buscando juntos a confiança e a integridade de seus bens e interesses. Quando violados, o empregado poderá buscar na justiça do trabalho reparação dos danos causados pelo Assédio sexual e moral. Observa o que dispõe o artigo 114 da Constituição Federal após a Emenda Constitucional EC 45/04:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [...]

IV – As ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho. (BRASIL, 2004).

A configuração do dano moral cabe ao autor a demonstração do prejuízo que sofreu, há 2 tipos de reparação que valem ser citadas: a) Os danos morais, visto que afeta a intimidade, a vida privada do empregado e demais ato a que ele diz respeito; b) Danos materiais, uma vez que fere diretamente o patrimônio da pessoa. A principal distinção entre o dano material e moral são os efeitos da lesão aos bens tutelados da vítima. No dano moral o bem afetado é algo subjetivo, pois trata-se da honra do indivíduo, e o material é a perda de prejuízos no patrimônio. A reparação

tem como intuito compensar a vítima do assédio sofrido e evitar que o assediador ou causador fique impune.

Mesmo que não vá voltar ao estado em que se encontrava o dano deve ser reparado, e que se dê a reparação deverá ser observado os requisitos: pessoa física ou jurídica, violação do patrimônio e o dano. No dano moral é preciso provar a violação da personalidade da pessoa, não necessariamente a dor causada, e se dará dano moral presumido.

5. Considerações finais

É dever da Empresa e do empregador a observância de algumas ações daqueles que representam à empresa nas relações de trabalho, prevenindo problemas ocasionados por eventuais danos morais. Agindo com cautela e segurança ao apurar os fatos, sem que fira a honra e moral do empregado.

Contra esse tipo de prática, temos os centros de Referência em Saúde dos Trabalhadores, as Comissões de Direitos Humanos e a Comissão de Igualdade e Oportunidade de Gênero, de Raça e Etnia, de Pessoas com Deficiência e de Combate à Discriminação nas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego, que auxiliam os trabalhadores sendo grandes aliados.

O assédio sexual é ato imoral que indica distorção na personalidade. Portanto conclui-se, que o assédio sexual desgasta o ambiente de trabalho, com qualquer tipo de conduta de natureza sexual não desejada, expressamente rejeitada, e violada pelo agressor, que infligi a liberdade sexual do assediado, sendo causa para rescisão indireta do contrato de trabalho, e sujeito a indenização por danos morais e materiais, o agressor não precisa ser superior hierárquico.

Trata-se de um crime comum, podendo ser cometido por qualquer sujeito, homem ou mulher. Sua concretização segundo doutrinas e jurisprudências se dá por gestos, verbalmente, fisicamente, dentre outras

formas que posso constranger o assediado. Podendo acarretar nas vítimas impactos negativos, problemas de saúde como; transtornos, perda ou ganho de peso, crises de ansiedade, insônia e estresse. O seu rendimento no trabalho também não vir sofrer uma queda, o assediado pode ficar sem ânimo, desmotivado, envergonhado e com medo de perder o emprego, levando-o muitas vezes a se calar e não denunciar tais atos ilícitos.

Vale destacar que o assédio sexual se caracteriza pela privação da liberdade, o legislador tem o objetivo de proteger a liberdade sexual da pessoa, tendo ela a escolha de querer ou não, se há aceitação por ambos não há que se falar em assédio, mesmo ocorrendo entre amigos de trabalho, subordinado e empregador.

Contudo, as empresas devem adotar políticas de segurança e de emergência, que visam a proteção do assediado, e que o agressor venha ser punido devidamente pelo judiciário e seja responsabilizado pelos danos causados contra a vítima.

Grosso modo, quanto maior for a tolerância do empregador em relação às práticas de assédio sexual, maiores serão os problemas dentro do ambiente de trabalho, assim como os prejuízos resultantes. É importante que a empresa estabeleça métodos, atividades voltadas a sensibilização sobre práticas, criando normas e canais de denúncias para que sejam punidos os assediadores, e os empregados seja homem ou mulher, se sintam protegidos e assim proíba todas as formas de assédio sexual.

Referências

ALVES, Gabriel Alexandrino. **Assédio Sexual**: um novo paradigma do Direito do Trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 45**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Súmula 341, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2478>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **Trt 03ª R.**, 01ª Turma, RO 14134/2001, Juíza Rel. Maria Auxiliadora Machado Lima, j. 13 jan. 2001.

BRASIL. **Trt 12ª R.**, 02ª Turma, RO-V 2125/2000, Juiz Rel. José Luiz Moreira Cacciari, j. 23 jan. 2001.

LIPPMANN, Ernesto. **Advogado discute valor de indenização por assédio sexual após nova lei**. Revista Consultor Jurídico, 20 maio de 2001. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2001-mai-20/fica_punicao_assedio_sexual_lei_10224?pagina=5>. Acesso em: 27 nov. 2019.

MICHEL, Fernanda Vach. **As Duas Grandes Guerras Mundiais: o legado tecnológico.** Meu Artigo, 2016. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/historia-geral/as-duas-grandes-guerras-mundiais-o-legado-tecnologico.htm>>. Acesso em: 29 nov. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Bruna Pinotti Garcia; LAZARI, Rafael de. **Manual de Direitos Humanos.** 5. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2019, p.50.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Orientação Sexual e discriminação no Emprego.** (coord. De Márcio Túlio Viana e Luiz Otávio Linhares Renault), São Paulo: LTr, 2000.

STOCCO, Rui. **Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: 9. Ed. Ver. Dos Tribunais, 2013.

Capítulo 23

A não distinção de punibilidade entre pequenos e grandes traficantes em detida análise da Lei nº 11.343/2006

*Leandro Henrique Brito
Wallacy David Gregório
Cristian Kiefer da Silva*

1 Introdução

O comércio e o consumo de drogas são problemas que assolam a sociedade desde muito tempo e não escolhem status sociais para atormentar vidas de quem embarca nesse terrível mundo. Todos os dias nos noticiários, vemos ocorrências de traficância, desde as mais simples envolvendo pequenas apreensões até grandes quantidades. O fato é que esta realidade assombra nossos dias e dificilmente será extinta se mantida estas ações, é necessário tomar providências rapidamente, porque o comércio de drogas não espera e a cada minuto que passa leva mais vidas para dentro dele.

A lei de tóxicos de 1976, trazia como condenação ao usuário de drogas a pena privativa de liberdade. Em 2006, houve uma mudança radical na lei de drogas, com a introdução da Lei 11.343, que vigora atualmente e teve avanços e retrocessos. Destaca-se como um de seus principais avanços, em se tratando da figura do usuário, o banimento da pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

O tráfico de drogas, além de ser um negócio altamente lucrativo e de fácil acesso, é hoje considerado um dos maiores problemas sociais existentes no mundo. Considerando que as drogas são substâncias altamente nocivas quando em contato com o organismo humano, estas alteram seu funcionamento e em grandes quantidades acabam gerando

graves problemas de saúde, muita das vezes pela facilidade de acesso e pelo vício causado pelo seu uso. Por não se tratar de um problema local, considera-se as drogas um dos principais problemas de saúde pública mundial.

O presente artigo tem como seu principal objetivo, tratar sobre a diferença na aplicação das penas elencadas na Lei nº 11.343/06 (Lei de drogas). Veremos que o tema é bastante peculiar e prático, uma vez que a classificação do delito de tráfico, por exemplo, se submete à livre apreciação e convicção do julgador, trazendo ao mundo prático uma insegurança jurídica que impossibilita o efetivo reconhecimento e diferenciação do usuário para o traficante.

Neste ponto, cabe questionamentos acerca da desigualdade social brasileira e como este fator influencia diretamente na fracassada guerra às drogas. Como isso manipula o sistema judiciário na imposição de penas exorbitantes a usuários e pequenos traficantes, e como grandes traficantes (muitas vezes anônimos) se veem fora dessa realidade ou recebem penas iguais ou até menores que os integrantes de baixo escalão.

O problema causado pelo uso incessante de drogas não pode ser considerado problema local, nem mesmo temporal. É um problema que dia após dia, e ano após ano vem devastando gerações inteiras, não somente pelo seu uso, mas também pela violência, pela insegurança, pela saúde dos usuários e da população que fica à mercê desse grave problema social. É preciso fazer uma análise minuciosa desse problema generalizado a fim de obter soluções para se combater.

O principal objetivo deste artigo, é apresentar de forma sucinta, elementos que garantam que a pena não seja imposta de forma errônea, mas sim, de acordo com o apurado na parte investigatória, com a principal finalidade de evitar uma condenação equivocada como comumente se percebe atualmente. Discutir acerca da quantificação judicial na

dosimetria, a efetiva diferenciação entre usuário e traficante, e como a desigualdade social define os alvos preferidos do Estado quando o assunto é drogas, e a necessidade de discutirmos acerca da descriminalização.

Utilizaremos como metodologia para realização deste artigo a pesquisa bibliográfica, na qual serão utilizados livros e artigos dos principais autores que discorrem sobre o tema proposto, bem como o uso de jurisprudências para uma explicação prática do assunto.

2 Os reflexos da desigualdade social: a realidade brasileira

Inicialmente, cabe salientar que aquela pessoa inserida em realidades marcadas pela pobreza, violência, racismo e preconceito de diferentes ordens, trata-se de sujeitos que terão uma inserção social precária nos espaços de luta pelo poder no âmbito da sociedade. O capitalismo, em regra, não caracteriza o Estado apenas em seu teor econômico, mas também integra as relações pessoais e seus atributos políticos. Tudo gira em torno de alguma valoração: desde a educação à moradia, da saúde à educação, e como resultante do capitalismo, a desigualdade social manifesta-se como um de seus maiores problemas. Conforme salienta a doutrina sobre o tema:

[...] a concentração de renda e a desigualdade social, somados a precários investimentos em políticas públicas, tem se mostrado diretamente relacionado ao quadro de violência urbana e de gênero, bem como ao genocídio racial e juvenil, e ainda, os autores vão além citando a relação existente entre o uso abusivo de álcool e outras drogas, em territórios escassos de direitos fundamentais, mas por outro lado supervisionados em matéria de coerção e opressão estatal” (VECCHIA, 2017, p. 58).

O olhar do Estado para grupos sociais tidos como problemáticos, representam a própria impossibilidade do capitalismo em produzir

riqueza com igualdade de distribuição, pois o olhar repressor do Estado a estes grupos, impossibilita a inserção destes em condições mais favoráveis ao seu progresso, o que impossibilita o posicionamento destas pessoas nos espaços de luta pelo poder no âmbito da sociedade.

2.1 Corrupção e desigualdade social

A corrupção em conjunto com a desigualdade social estabelece um vínculo que faz com que o indivíduo se transforme em fantasma da sociedade, pois os que não tem boas condições e oportunidades de ter uma vida melhor por sua vez não conseguem ter dignidade humana, um bom emprego, educação de qualidade, alimentação, moradia e saúde, optando na maioria dos casos ao mundo do crime, que oferece oportunidades não lícitas para o indivíduo ter uma vida melhor, ao passo que o Estado isola essas pessoas e as deixam invisíveis perante a sociedade. É necessário primeiramente a busca pela igualdade e a reinserção social de grupos menos favorecidos para se pensar em uma possibilidade de diminuição de circulação e uso de entorpecentes.

Todo este cenário colabora para um discurso impreciso que amolda usuários como reféns de suas “próprias escolhas”, meros doentes sem cura, e ainda, uma criminalização que coloca estes como bandidos (a depender da classe e raça). Portanto, estes discursos distanciam o olhar ao que realmente importa, qual seja a necessidade de focarmos nos direitos de toda e qualquer pessoa inserida em uma estrutura social que traz em sua raiz desigualdade e opressão, para então termos a maturidade necessária, como sociedade, para pensar nos direitos inerentes aos sujeitos usuários de drogas.

2.2 O insucesso na proibição das drogas

O Brasil inegavelmente enfrenta gravíssimos problemas com as drogas ilícitas, tendo em vista a ineficiência das abordagens punitivas que visam a extinção do mercado de drogas. Ademais, o que observamos é que a denominada “guerra às drogas” culminou em consequências sociais e de saúde preocupantes, acarretando violações a direitos fundamentais, sobretudo, focados contra um segmento restrito da sociedade, qual seja os pobres e minorias.

O grande problema, é que essa cultura organizacional criada pelos órgãos repressores como fundamento ao combate às drogas, conduz a uma atuação repressora ilegal, que atua fora dos parâmetros da lei, mas em nome do “controle de entorpecentes”. Incluem-se aqui a brutalidade policial, o uso de violência contra usuários para arrancar confissões e informações acerca de fornecedores, a invasão imotivada de domicílios etc.

Ocorre que tais práticas enfraquecem o próprio Estado de Direito, desvirtuando a ideia de igualdade, privacidade e soberania Estatal, causando, por consequência, barreiras no relacionamento entre Estado e cidadãos. O Juiz e doutrinador Luís Carlos Valois, vai além quando trata da guerra às drogas:

Usuários e comerciantes não são um exército contra o qual se está combatendo, por isso é impossível vencer essa guerra. Não obstante se armarem, os comerciantes, devido a circunstâncias criadas pela própria guerra, não são soldados, não estão no meio social para combate, nem para vencer, por isso não se pode também perder a guerra. Não se pode ganhar nem perder do mercado, o que não se pode é perpetuar a guerra. (VALOIS, 2020, p. 529).

Ainda, como resultado desta ficta guerra, temos um crescente aumento da população carcerária. O relatório lançado no ano de 2016 pela Comissão Global de Política as Drogas ressaltam da seguinte forma:

De acordo com o Relatório Mundial sobre Drogas 2016, do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), 18% da população carcerária do mundo é composta de pessoas condenadas por crimes relacionados a drogas, sendo muitas delas oriundas de setores marginalizados da população. O encarceramento em massa de pessoas que cometem delitos ligados a drogas levou à superlotação de prisões em países de todo o mundo, com condições que são extremamente prejudiciais à saúde e ao bem-estar dos detentos. [...] No Brasil, a população carcerária cresceu exponencialmente desde a virada do século XXI, após mudanças nas leis nacionais sobre drogas terem levado a um aumento de 62% das detenções por delitos envolvendo drogas, entre 2007 e 2010. Em 2014, o nível de ocupação prisional era de 157%. (COMISSÃO GLOBAL POLÍTICA SOBRE DROGAS, 2016, p. 16).

Devemos nos atentar que as prisões estão virando uma espécie de centro de recrutamento, onde a superlotação, aliada aos mais diversos tipos de violações aos direitos fundamentais, conduzem a um aumento da criminalidade e o auxílio na formação de organizações criminosas. Neste ponto, destacamos um trecho importante da entrevista dada pelo ex. Presidente Americano Barack Obama à KBMC, onde este afirma:

Acho que muitos estados estão analisando essa proporcionalidade, para saber como estamos penalizando o uso recreativo. Será que queremos trancar pessoas na prisão por cinco, dez, 15 anos mesmo não sendo grandes traficantes, só porque usam uma substância que provavelmente não lhes faz bem, mas provavelmente não está prejudicando outras pessoas? (OBAMA, 2015).

Somente punir, e não prevenir. Este é um erro que o Estado insiste em cometer, pois atenta-se somente para o poder punitivo como se fosse

a melhor opção a ser tomada, porém esquecem que a prevenção também é um fator crucial para o combate à circulação de drogas no meio social. Cesar Dario (2016, p. 19) relata em seu livro sobre este problema, dizendo que o espírito da lei não se faz apenas com a punição; é preciso que haja a prevenção e o uso de atividades que afastem o indivíduo da vulnerabilidade, pois é nesse momento de vulnerabilidade que a ação do traficante é mais intensa e precisa. Ainda, relata que o Estado é omissivo em lugares onde não há opções de entretenimento como as favelas e aglomerados, em que a situação e a proximidade do mundo do crime são grandes.

Portanto, verificamos que o combate cego às drogas acarreta danos sociais devastadores que causam justamente o contrário do que era inicialmente visualizado. Verificamos que arbitrariedades são cometidas, ocasionando violações constitucionais e legais na ânsia Estatal de punição, levando a rupturas sociais que aumentam o número de mortes, crimes, preconceitos, desigualdades e mantêm a mercancia da droga, um esforço sem resultados.

O Estado deve fomentar o caminho da assistência aos viciados, em conjunto com a família, amigos, comunidade, médicos e grupos capacitados para lidar com o problema. Entretanto, o que verificamos é que o sistema penal não tem capacidade de intervir positivamente sobre o viciado, como visto.

3 Entendendo a sistemática dos artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343/06

A Lei nº 11.343/06 em seu artigo 28 fornece alguns elementos para aferir se a droga realmente se destinava ao consumo pessoal ou se era para o tráfico de drogas. Importante salientar: primeiro, é fundamental que se analise a quantidade e a qualidade da droga.

A quantidade da droga é um elemento fundamental, mas não é exclusiva. O legislador não adotou o critério da quantificação legal, mas sim o critério da quantificação judicial, levando em conta quantidade da droga e a qualidade da droga (quantidade relacionada a qualidade da droga, ou seja, por exemplo, maconha tem peso superior a um comprimido de LSD); segundo, o local e as circunstâncias em que se desenvolveram a ação como por exemplo um indivíduo com duas barras de maconha na porta da escola ou em aglomerados, se reincidente ou não no tráfico. Portanto, a quantidade não é um fator exclusivo, ou pelo menos não deveria ser.

3.1 Uso de drogas e sua caracterização

Qual a sua objetividade jurídica ou qual é o bem jurídico a ser tutelado pela Lei nº 11.343/06 em seu artigo 28? O que a lei pretende é proteger a saúde pública e secundariamente a saúde do dependente ou do usuário. Isso é um fato extremamente importante, pois a lei não criminaliza o uso de drogas. As cinco condutas descritas no *caput* do artigo 28 em momento algum utiliza o verbo “usar”, logo, usar droga é um fato atípico. Mas por que o uso é um fato atípico?

Isso se dá em razão de um princípio do direito penal, que se chama princípio da alteridade ou transcendentalidade. A lei não pune o infrator que faz mal a si próprio, ou seja, se a sua ação não transcende a sua pessoa para alcançar o outro, não há crime. Nessa perspectiva, Luís Greco aduz que “a posse de droga para consumo próprio é um comportamento que não ultrapassa a esfera de autonomia e que, portanto, não pode ser proibido” (GRECO, 2015, p. 188). Seguindo o pensamento, na concepção de Zaffaroni, “viola o princípio da lesividade ou ofensividade a proibição de porte de tóxicos para consumo próprio em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio.” (ZAFFARONI, 2009, p. 44).

A autolesão não é crime, do mesmo modo que o uso de drogas também não é crime. O que a lei pune é a detenção da droga para seu uso posterior. A simples detenção da droga gera o perigo social resultante da possibilidade de circulação da droga. Como o sujeito está segurando a droga para usar, existe uma lesividade social em potencial que é o perigo da circulação da droga, mas que não deve ser valorada com a mesma severidade do tráfico.

Podemos falar em atipicidade do fato se a quantidade de droga for mínima no momento da abordagem? O STF afirma que “os crimes de drogas são crimes de perigo abstrato, de perigo presumido. Ainda que seja uma quantidade ínfima, a detenção da droga para uso futuro se for tráfico, artigo ou seja para consumo pessoal ou para tráfico caracteriza crime. Se for para uso pessoal, artigo 28; se for para tráfico, artigo 33”. (HC 127573, Min. Gilmar Mendes, 11 de novembro de 2019).

Se o uso não caracteriza crime, a detenção da droga para uso imediato é fato atípico. Se o sujeito pega a droga e a consome instantaneamente, se ele detém a droga pelo tempo necessário para sua utilização e consumo, não existe crime, porque desaparece o perigo social resultante da detenção para fins futuros de utilização da droga.

Da equiparação do plantio: o cultivo de planta destinada ao consumo pessoal caracteriza-se como elementos do uso de drogas. O artigo 28, §1º da Lei de drogas expressa que “semear, cultivar, colher planta destinada a preparação de pequena quantidade de droga para seu consumo pessoal” incorre em uma figura equiparada ao uso de drogas. Vejamos o que dispõe o autor Cleber Masson:

Se o sujeito importar pequena quantidade de droga para consumo pessoal, deverá ser aplicado o art. 28, caput, nada obstante a ausência de tal núcleo, e não o art. 33, caput, em face da *analogia in bonam partem*. Aplica-se igual

raciocínio à conduta de preparar pequena quantidade de droga para consumo pessoal. (MASSON; MARÇAL, 2019. p. 34).

Ressalte-se que a pequena quantidade acaba sendo fator de interpretação para a equiparação ao uso, pois se o mesmo indivíduo cultiva determinada quantidade, mas com o intuito de fazer comércio da droga, este já se equipara à figura do tráfico de drogas. Antes da Lei nº 11.343/06, o sujeito que trazia consigo pequeno cultivo de drogas para seu uso próprio já se enquadrava no tráfico ilícito de entorpecentes, pois a lei anterior não criava a figura do uso em seu cultivo e preparo.

Para fins ritualísticos ou religiosos, o agente que semear, cultivar, colher planta destinada a preparação de pequena quantidade de droga para fins de utilização em rituais religiosos não incorre nas penas descritas na Lei de Drogas, ao que dispõe a Convenção de Viena sobre substâncias psicotrópicas, incorporada ao direito pátrio pelo Decreto 79.388/1977. A respeito de plantas de uso estritamente ritualístico religioso, a Lei de Drogas encampou a previsão contida no art. 32, item 4, do Diploma Internacional, segundo o qual:

[...] o Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderá, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do art. 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional. (BRASIL, 1977).

Apesar de não ser caracterizado como crime o uso de drogas para fins ritualísticos, é de extrema importância ressaltar que ainda não houve a legalização desse uso, por ausência legislativa específica, o que leva a necessidade de avaliação individual dos casos.

A pena para quem incorre ao tipo do artigo 28 da Lei nº 11.343/06 são: admoestação verbal (advertência), prestação de serviços à comunidade (5 meses primário e 10 meses reincidentes), frequência a cursos educativos (5 meses primário e 10 meses reincidentes) podendo ser aplicadas alternativamente ou cumulativamente, ocorrendo assim a despenalização do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. (vide artigo 69 da Lei nº 9.099/95).

3.2 Introdução ao tráfico de drogas

No artigo 33 da Lei nº 11.343/06, existem 18 (dezoito) condutas que tipificam e caracterizam a ação do agente. A lei é clara no sentido de não haver a necessidade do intuito de lucro, logo, ainda que a ação se caracterize gratuitamente incorrerá no tráfico. A doutrina debateu durante algum tempo se o artigo 33 (antigo art. 12 da Lei nº 6.368/76) é um tipo misto alternativo ou cumulativo. Tipo misto é aquele que contém várias ações diferentes, vários núcleos do tipo; o tipo misto é chamado de alternativo quando se pratica uma conduta, duas condutas ou todas as condutas em um crime só, e o tipo misto chamado cumulativo quando cada conduta é um crime diferente. Neste caso vai acumulando, sendo cada ação correspondente a um crime.

No caso específico, aplica-se o princípio da consunção: se as ações forem praticadas dentro de um mesmo contexto, se houver um nexo de pertinência lógica entre as ações, se a ação anterior for a preparação da ação seguinte ou se a ação posterior for mera consequência da ação anterior, se existe uma relação causal, aplica-se o princípio da consunção e o agente responde só por um crime, restando as outras formas absorvidas. Fernando Capez explica que o princípio da consunção evita com sua aplicação o *bis in idem*, pois o fato menor estaria sendo punido duas vezes:

Ao contrário da especialidade e da subsidiariedade, não há um fato único buscando se enquadrar numa ou noutra norma, mas uma sequência de situações diferentes no tempo e no espaço, ou seja, uma sucessão de fatos, na qual o fato mais grave absorve o menor. (CAPEZ, 2012, p. 89).

Se as ações praticadas pelo autor houver nexos causal, neste caso aplica-se o princípio da alternatividade e responde por um crime só. Se não houver nexos causal entre as condutas, não se aplica o princípio da alternatividade (consunção) e o agente responde por tantos crimes quantas forem suas ações.

Já na objetividade jurídica (a saúde pública, a coletividade) o sujeito passivo é a coletividade, mas acessoriamente o sujeito passivo é também o dependente ou o destinatário da ação do traficante. Se a droga for cedida a criança/adolescente, existe um conflito aparente de normas. O artigo 243 do ECA diz que “fornecer substância a criança ou adolescente capaz de determinar dependência física ou psíquica”.

No caso de conflito entre o artigo 243 do ECA e o artigo 33 da Lei nº 11.343/06, se a substância estiver elencada no rol de substâncias proibidas pela portaria 344 de 1998 do Ministério da Saúde, prevalecerá o artigo 33, pelo princípio da especialidade. Logo, se for qualquer substância capaz de gerar dependência física ou psíquica não catalogada na portaria do Ministério da Saúde será aplicado o art. 243 ECA; por outro lado se a substância especificamente estiver catalogada como droga, aplicar-se-á o art. 33.

3.3 Das penas do artigo 33 e o entendimento jurisprudencial

O artigo 44 da Lei nº 11.343/06 nos informa que os crimes previstos no artigo 33, *caput*, §1º (figuras equiparadas ao tráfico de drogas) e art. 34 ao 37 do mesmo diploma serão inafiançáveis e insuscetíveis de anistia

graça e indulto e são também insuscetíveis de sursis (suspensão condicional da pena), tendo como pena de 5 a 15 anos de reclusão e multa de 500 a 1500 dias/multa. Segundo o entendimento do STF, “o óbice previsto no artigo 44 da Lei nº 11.343/06, a suspensão condicional da pena imposta ante tráfico de drogas mostra-se afinado com a lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e com o disposto no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal” (HC 101.919, 1ª turma, rel. min Marco Aurélio, de 26 de outubro de 2011). Logo, de acordo com esse entendimento, não é inconstitucional a proibição de sursis para as figuras de tráfico de drogas.

A jurisprudência também firmou entendimento acerca da liberdade provisória sobre o crime de tráfico de drogas. A lei não pode proibir o juiz de conceder liberdade provisória. A prisão tem que ser justificada com a necessidade cautelar, com urgência, com perigo em mora, portanto proibir a liberdade provisória é inconstitucional. O juiz poderá conceder liberdade provisória nos casos de tráfico, da figura equiparada ao tráfico e dos artigos 34 a 37.

Também, em setembro de 2010, o plenário do STF, por maioria de votos, declarou inconstitucional a proibição da conversão de pena privativa de liberdade em restritiva de direitos (HC nº 97.256, rel. Ayres Britto, de 01 de setembro de 2010). No dia 15 de fevereiro de 2012, o Senado Federal expediu a resolução nº 59 e passou a dar caráter *erga omnes* a esta decisão.

Portanto, foi declarado pelo Senado como sendo inconstitucional a parte final do artigo 44 da Lei nº 11.343/06 que veda a conversão das suas penas em restritivas de direito. Por esta razão, em breve síntese, o tráfico de drogas que tem pena de 5 a 15 anos de reclusão, mais multa de 500 a 1500 dias/multa é inafiançável e insuscetível de anistia, graça e indulto, é proibida a sua conversão em sursis, porém pode o juiz conceder a

liberdade provisória e pode converter a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

Não obstante, cabe ao juiz na aplicação da pena, analisar o caso de acordo com o artigo 33 e seguintes do Código Penal, aduzindo qual a quantidade da pena e quais os requisitos. Podendo sim estabelecer o regime inicial de cumprimento como sendo o semiaberto ou aberto, sendo também inconstitucional o artigo 1º da lei de crimes hediondos.

Segundo o Art. 59 da Lei nº 11.343/06 que nos informa que “nos crimes previstos nos art. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei, o réu não poderá apelar sem se recolher à prisão, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória” também foram declarados inconstitucional. Então se o agente foi condenado e expressa desejo em recorrer, se única e exclusivamente porque não tem bons antecedentes ou não é réu primário sua prisão neste momento violaria o princípio estado de inocência.

4 Sistema da quantificação judicial

Em nível de direito, tem-se dois sistemas: o primeiro, que não é usado no Brasil, denomina-se sistema de quantificação legal, que traz na própria letra da lei a quantidade de drogas que enquadra o agente como usuário. Acima dessa quantidade, automaticamente o agente é enquadrado no crime de tráfico. Ou seja, se a lei traz que até 100g de cannabis sativa é considerada para uso, logicamente a pessoa que estiver trazendo consigo 200g vai ser considerada traficante. No Brasil, temos o sistema de quantificação judicial, que considera uma série de fatores, ou seja, na Lei de Drogas, no artigo 28 § 2º e art. 33, elencam fatores que o juiz deve levar em consideração para depois de sua análise do caso concreto enquadrar esse agente como usuário ou como traficante.

4.1 Elementos caracterizadores do artigo 28

O artigo 28, § 2º da Lei nº 11.343/06 nos informa que para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. A partir de toda uma análise do conjunto probatório dos fatos e considerando esses elementos o juiz vai chegar à conclusão de enquadramento e tipificação do artigo 33 ou artigo 28. Como destacado pelo Superior Tribunal de Justiça:

A diversidade (maconha, cocaína e crack), a natureza altamente danosa de duas das drogas e a elevada quantidade de substâncias estupefacientes encontrada em posse dos envolvidos, são fatores que, somados à apreensão de diversos apetrechos comumente utilizados no preparo dos estupefacientes - saquinhos plásticos, *ependorfs* vazios e balança de precisão - [condições], revelam envolvimento profundo e rotineiro com narcotraficantes.” (HC 347.836/SP, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 11.05.2016. E ainda: HC 316.411/RS, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15.04.2016).

É muito comum que traficantes tenham a disposição pequenas porções de drogas justamente para no caso de uma abordagem não incidir no crime de tráfico. A depender da situação em que se encontra na abordagem policial, como por exemplo, se for encontrada 100 pinos de cocaína, fica evidente que se trata de crime de tráfico de Drogas. Ainda que algumas quantidades pareçam em primeiro momento que jamais poderiam ser utilizadas por uma pessoa só, apesar do artigo 28 não informar com clareza a quantidade de drogas ideal a expressão “para consumo” nos dá ideia de pequena quantidade, entretanto ocorre que em muitos casos é totalmente ignorada a hipótese do uso quando o

investigado traz consigo grande quantidade de drogas, mas que também é destinada ao uso, acabando por ser enquadrado no crime de tráfico.

4.2 Local e condições da ação: elementos determinantes

Em conjunto com o descrito no art. 28, § 2º da Lei de Drogas, o local e as condições em que ocorreu a ação também podem ser determinantes para a tipificação do crime de tráfico. É o que diz a respeito o autor Renato Brasileiro de Lima:

Com efeito, se o agente for surpreendido em determinada localidade conhecida como ponto de distribuição de drogas, trazendo consigo a substância entorpecente acondicionada em pequenas embalagens para venda, sendo com ele apreendido grande numerário em dinheiro, provavelmente recebido dos usuários, demonstrando-se, ademais, uma constante movimentação de pessoas para o consumo e aquisição de drogas, há de se concluir que se trata de tráfico de drogas. (LIMA, 2016, p.711).

De fato o local e as condições onde ocorreu a ação é sim um fator bastante importante e determinante, pois se um agente traz consigo quantidade relevante de drogas, mas se o local e as condições onde ocorreu a ação forem totalmente fora do padrão de local conhecido como ponto de venda, cabe ao julgador analisar ainda mais cuidadosamente as provas colacionadas podendo ser descaracterizado a vontade do possuidor em vender a droga que traz consigo; entretanto, se o indivíduo porta relevante quantidade de droga em local conhecido como ponto de vendas, há uma maior probabilidade da vontade do autor em repassar essa substância que traz consigo.

Quem frequenta locais de tráfico de drogas? O traficante, mas o usuário também. Temos nesse meio vários personagens que muitas das vezes podem se confundir e nessa confusão passar por um enquadramento

cruel por um lado e por outro muito leve a depender das circunstâncias. Portanto devemos chamar a atenção para determinados casos que ficam nessa zona de dificuldade de caracterização, pelo fato da interpretação subjetiva atribuída ao art. 28, correndo o risco de enquadrar o usuário como traficante o colocando em privação da liberdade, e dando liberdade gratuita para que o traficante ou o mandante continue a fazer seu trabalho.

5 Desclassificação do tráfico

No Brasil, o tráfico drogas é um problema social que vai muito além da mera condenação do autor nas iras do art. 33, que por si só é uma das piores condenações para um ser humano, pois estão em xeque sua dignidade, família, moral e até mesmo a própria vida. Não podemos esquecer também que o consumo de drogas é um problema social incapaz de ser resolvido com a condenação desenfreada do consumidor (usuário), atribuindo a este um crime que não foi cometido, quando não resta comprovado nos autos a sua conduta.

Quando o assunto é a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o uso, é de extrema importância destacar o conjunto probatório que acompanha o processo, pois ele é a peça que vai motivar o juiz a entender se a conduta do investigado se configurava crime de tráfico ou mero uso de entorpecentes. O autor Paulo Rangel, em seu livro de Direito Processual Penal pondera sobre o assunto:

Não basta somente as provas obtidas oralmente, como o testemunho dos policiais que fizeram a abordagem. é preciso certeza de que o investigado praticava em tese o crime de tráfico, pois o mínimo de dúvida acerca da conduta do mesmo pode ser totalmente prejudicial, pois a dúvida faz com que o magistrado tenha duas opções: condenar o acusado, correndo o risco de cometer uma injustiça, ou absolvê-lo, correndo o risco de colocar nas ruas em pleno convívio com a sociedade um culpado, sendo a melhor opção seria

absolver o acusado mesmo correndo o risco dele ser culpado, tendo em vista o princípio *in dubio pro reo*. (RANGEL, 2006, p. 33).

Para isso, as provas trazidas aos autos têm que ser conclusivas e demonstrar que todo o conjunto ilícito apreendido em poder do autuado se destinava ao tráfico de drogas, pois se assim não for, imperativo se torna a desclassificação da sua conduta para a elencada no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

5.1 Características da desclassificação para o uso

O artigo 28 é tipo penal que exige, para sua caracterização, o especial fim de agir: consumo pessoal. Para essa finalidade, tem de se integrar o aspecto doloso, ou seja, a vontade do agente em usar substâncias psicotrópicas. Por outro lado, o artigo 33 exige para sua caracterização subjetiva a comprovação do dolo (vontade livre e consciente) do agente em ter a droga para fins mercantis, que é totalmente diverso de ter a droga para seu consumo próprio. A parte subjetiva se relaciona com o ônus probatório da acusação, ou seja, cabe ao Estado, que é representado pelo Ministério Público provar que o acusado detinha a vontade de utilizar a droga para fins comerciais.

Dizer que cabe ao réu provar que a droga era destinada ao seu consumo é uma afronta ao princípio da Presunção de Inocência, no qual dispõe na nossa querida Carta Magna, em seu artigo 5º que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Na impossibilidade de a acusação não lograr êxito em comprovar que o réu detinha vontade em utilizar a droga para obter lucro, não existe motivos para ser enquadrado nos moldes do crime de tráfico, fazendo com que sua desclassificação ocorra para o crime de uso descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/06.

A jurisprudência tem tomado por referencial a quantidade de droga apreendida, sua variedade, modo de acondicionamento, notícias acerca do tráfico no local, anterior envolvimento com o comércio ilícito e antecedentes criminais do acusado. Deste modo, “é todo conjunto probatório que levará à necessária conclusão se a droga apreendida era destinada à mercancia ou para consumo pessoal do agente, o que, neste último caso, ensejaria a desclassificação para o crime do artigo 28, caput.” (SILVA, 201, p. 83). Se a prova dos autos não gera a convicção necessária sobre a prática do delito de tráfico de drogas por um dos denunciados, impõe-se sua absolvição pelo princípio do *in dubio pro reo*. Isso porque, como já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Não há provas concretas que desconstituam o panorama favorável à aplicação do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Ademais, solução diversa da desclassificação implica o risco de condenar o acusado por delito que não cometeu, porquanto não demonstrada, de forma cabal, a destinação ilícita configuradora do tipo penal do artigo 33 da Lei de regência. (Apelação Criminal nº 0018214-26.2012.8.26.0032, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Diniz Fernando, v.u., j. 10/08/2015).

Não sendo possível afirmar, com certeza moral, que a droga apreendida seria destinada à mercancia pelo réu, impõe-se a desclassificação de sua conduta para o crime do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

5.2 A autoridade policial e sua valorização no conjunto probatório

No processo de autuação do crime de tráfico, no decorrer dos autos, percebe-se que na maioria dos casos existe uma valoração indiscutível quanto à palavra da autoridade policial na produção de provas contra o indiciado. Os funcionários da polícia merecem, nos seus relatos, a normal

credibilidade dos testemunhos em geral, a não ser quando se apresente razão concreta de suspeição. Enquanto isto não ocorre e desde que não defendam interesse próprio, mas agem na defesa da coletividade, sua palavra serve para informar o convencimento do julgador. (RT 616/286-7). No mesmo sentido: TJSP (RT 433/386-7, RT 715/439) TJPR: RT 554/420.

Apesar da palavra dos policiais merecer credibilidade pelo posto que detém em frente ao Estado como agentes públicos responsáveis pela manutenção da ordem e segurança na sociedade, torna-se totalmente desproporcional e até mesmo injusto quando você utiliza do depoimento do agente quanto aos fatos sendo que muitas das vezes é extremamente complicado dessa pessoa saber com detalhes sobre o ocorrido em data anterior (digamos pelo andamento do processo no Brasil, cerca de 3 meses, em se tratando de réu preso, anteriores à data da audiência preliminar) ficando o processo na maioria dos casos submetidos a palavra dos policiais, já que os investigados por muita das vezes não tem sua palavra ouvida ou levada em consideração.

O magistrado de Fernando Pedroso nos relata que “a sentença de conteúdo condenatório exige, para sua prolação, a certeza de ter sido cometido um crime e de ser o acusado o seu autor.” (PEDROSO, 1986, p. 35). O direito processual penal moderno não pode compactuar com probabilidades, nem com meros indícios. Ele exige certeza objetiva e não mera subjetividade. Indícios não são suficientes para uma possível acusação, mas a prova sim, esta é incontestável. Nesse sentido, temos que a doutrina nos diz que “o réu não tem o dever de provar sua inocência; cabe ao acusador comprovar sua culpa; para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é o responsável pelo delito, bastando para absolvição, a dúvida a respeito de sua culpa *in dubio pro reo*.” (MIRABETE, 1996, p. 43).

Não se pode admitir uma condenação com base exclusivamente em depoimentos pessoais, que por muita das vezes não trazem aos autos qualquer informação relevante e exata no sentido de que realmente o investigado exercia o tráfico ilícito de entorpecentes. O jurista e humanista Tércio Lins e Silva, em um de seus artigos, nos afirmam que "jurisprudências antigas do STF nos permitiam encontrar Habeas Corpus para trancar processos e anular condenações fundadas somente na palavra do policial; o problema é o preconceito que ficou tão grande na Justiça Criminal que a possibilidade de ser absolvido no crime de drogas é quase impossível. O acusado de tráfico já começa o processo condenado, independentemente de haver provas ou não". (CONJUR, 2017).

Certo nas palavras ditas acima, o indiciado no crime de tráfico já inicia sua condenação na abordagem policial, que por muitas das vezes fica claro que o destino dos entorpecentes trazidos consigo era destinado ao uso, sem contar que na maioria das vezes as únicas testemunhas presentes do fato são os próprios policiais, o que dificulta mais ainda a valoração dos fatos narrados por parte dos autores.

5.3 A voz da autoridade policial e o entendimento jurisprudencial

O tráfico de drogas é crime comumente cometido na clandestinidade. Por isso, dificilmente são encontradas testemunhas e, quando presentes, boa parte não se mostra disposta a denunciá-lo por medo de represálias. Por conta deste fato, têm como testemunhas, em regra, policiais. "Assim, caberá à defesa o ônus de demonstrar a falta de credibilidade do depoimento de policiais que, até prova em contrário, possui presunção de veracidade e potencial para ensejar um preceito legal condenatório." (SILVA, 2016, p. 85).

A jurisprudência no sentido de que os policiais civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não

estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. Os depoimentos dos policiais que atuaram nas investigações merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, somente podendo ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorre, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a palavra deles servem como prova suficiente para formar o convencimento do julgador. A propósito, confira-se precedentes dos Tribunais Superiores: "Esta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de os policiais que participaram das diligências ou da prisão em flagrante serem ouvidos como testemunhas". (STF, HC 108586, Relator Min. Ricardo Lewandowski, primeira turma, julgado em 09/08/2011, processo eletrônico Dje-172 divulgação 06-09-2011 publicação 08-09-2011). É o que se extrai da lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

Também se discute o valor do testemunho de policiais, quando são os únicos apresentados pela acusação. Já se tem argumentado, principalmente nos crimes referentes a tráfico de entorpecentes, que a condenação não se pode basear apenas no depoimento de policiais, que têm interesse em dizer legítimas e legais as providências tomadas por eles na fase do inquérito. Mas não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios. (MIRABETE, 1998, p. 306).

Portanto, o depoimento de policiais militares que prendem em flagrante o réu, bem como que participam das investigações posteriores, desfrutam (ou deveriam desfrutar), em princípio, da mesma credibilidade

que, em geral, gozam todos os demais testemunhos, em especial pela proximidade com o fato, pelo que, desde que sejam consistentes e coerentes entre si, podem servir de amparo para o édito condenatório.

6 Encarceramento dos integrantes de baixo calão

Conforme já salientado, a desigualdade social tem papel importante na definição dos indivíduos que estão na alça de mira do Estado no combate ao tráfico de drogas. Estes são tratados como problema pelo Estado, de forma que não enxergamos que o Estado é que leva o problema para essas pessoas, uma vez que ignoram suas necessidades básicas, dificultando o acesso a um bom emprego, educação de qualidade, alimentação, moradia e saúde, o que faz que estes em sua maioria recorram ao mundo do crime, para terem atendido estes anseios.

Ocorre que tais problemas raramente são levados em conta nos sistemas de justiça criminal, condenando essas pessoas que possuem papéis menos centrais ou por vezes irrelevantes na estrutura organizacional do comércio de drogas. O que vemos, em nome da guerra às drogas, é um desvirtuamento de valores, uma vez que a própria guerra às drogas se converteu em princípio. O que dá um ar - errôneo e inaceitável - de legitimação na violação de direitos, sob o argumento de que estes são violados para o combate ao tráfico.

A mídia retrata o traficante como perverso, perigoso, predatório, o que contradiz a imagem pré-determinada de pessoas que vivem em classes sociais tidas como altas. Entretanto, tal “disparidade” é inútil quando refletimos que há usuários e traficantes em todas as camadas sociais, mas que todo o sistema é articulado para atingir os pobres.

Aliás, é certo que tal prática seja de alguma forma mais disseminada entre pessoas carentes, uma vez que virar traficante acaba sendo a única alternativa dentro de uma gama de opções ilícitas - que incluem desde

crimes patrimoniais a exploração sexual e homicídios - já que opções lícitas não lhe são oferecidas ou viabilizadas. Mais uma vez, citando o relatório lançado no ano de 2016 pela Comissão Global de Política as Drogas, estes ressaltam a realidade de diversos atores que são pegos com drogas, e taxados de traficantes:

Pesquisas revelam que, em algumas situações, as pessoas que atuam como mulas geralmente vêm de setores vulneráveis e marginalizados da sociedade. Embora muitas possam envolver-se no comércio por vontade própria, frequentemente são motivadas pela pobreza e por dificuldades econômicas e possivelmente tenham pouca ideia das penas severas que enfrentarão se forem pegas. Outras mulas são forçadas a transportar drogas para terceiros e enfrentam ameaças de violência contra seus entes queridos se tentarem resistir. Uma vez que os entregadores assumiram seu papel, eles geralmente não têm poder. Os recrutadores de mulas dizem que frequentemente enganam os recrutados, tanto em relação à quantidade de drogas que vão transportar quanto em relação à droga em questão. Isso deixa a mula em situação altamente vulnerável já que, na maioria dos países, as sentenças são determinadas pela classe e o peso da droga transportada. O investidor pode, por exemplo, assumir o risco e enviar a mula com uma quantidade maior de droga do que a acordada, em busca de lucro maior, deixando a mula vulnerável a uma pena de prisão mais longa se for capturada - ou, ainda pior, à execução, nos países que utilizam a pena de morte para crimes com drogas. Contrastando com isso, os traficantes profissionais normalmente transportam menos que as mulas, pois entendem que o peso com o qual possam ser capturados pode determinar o possível comprimento de sua pena de prisão. (COMISSÃO GLOBAL POLÍTICA SOBRE DROGAS, 2016, p. 26).

Verifica-se, pois, que neste contexto de necessidade econômica, com a maioria dessas pessoas vivendo em áreas com carência de infraestrutura básica, sem acesso a mercados lícitos e a serviços de saúde, a decisão de comercializar entorpecente deve ser vista como altamente racional, uma

vez que estas oferecem estabilidade financeira e acesso a direitos e ferramentas que antes lhes eram impossibilitadas.

Uma pesquisa realizada pela ONG Observatório de Favelas constatou que as características das pessoas atraídas para o tráfico na capital fluminense, são de negros, jovens, homens, nascidos em famílias numerosas e chefiada por mulheres com baixa renda. Que estas mesmas pessoas largaram a escola e, antes de entrar para o crime, acumulou experiências de trabalho em situações precárias.

Aliado a isto, a vasta subjetividade dos agentes processuais na identificação do traficante é corroborada com a ideia rasa de que o contexto social pelo qual o preso foi detido indica a sua participação no tráfico. Ocorre que este tipo de interpretação sempre considerará o negro, pobre, morador de periferia como traficante, ao passo de que o branco, morador de bairro classe média/alta não estaria inserido em um contexto que indicasse ser este traficante.

É aqui que encontramos a ideia de que grandes traficantes, muitas vezes desconhecidos, moradores de condomínios fechados, empresários que fazem uso do CNPJ para a lavagem de dinheiro e que lucram milhões com o comércio de entorpecentes, não são pegos. Os olhos do Estado estão em outro lugar.

É a lei e o sistema de combate às drogas reforçando os preconceitos e marginalizando o pobre, em um ciclo vicioso que legitima a violência policial, valida o encarceramento em massa, atesta a violação de direitos, e ironicamente, não acaba com o comércio de drogas.

7 A esperança na descriminalização

O tráfico está diretamente ligado a violência. A lei do tráfico é imposta e é violenta por natureza, contando com um “programa” de repressão no combate às drogas montando um aparelho repressor de que nada

adiantou. Em qualquer lugar do mundo encontramos drogas. O ser humano acaba se acostumando com a violência porque ela acontece cotidianamente.

A violência urbana dispõe de vários fatores que a interferem. Existem três fatores cruciais: o primeiro é a violência na infância ou não ter nenhum afeto na primeira infância; segundo, uma adolescência sem limites, sem algum responsável para ditar as regras; e terceiro, a convivência com pais violentos. Se você juntar esses três fatores, você notará que esse conjunto é a realidade de todas as periferias das cidades brasileiras.

O encarceramento não reduz a violência, pelo contrário, só tende a aumentá-la, é uma mera ilusão da sociedade que em muitas das vezes busca justiça no lado errado da situação. Se levarmos em conta a lei anterior e a lei atual, já houve uma evolução no que tange a punição menos severa ao usuário no Brasil – conforme demonstrado - mas ainda se tem um problema crônico, que se chama corrupção dos poderes.

Em se tratando de países grandes e bem populosos como o Brasil, já é de extrema dificuldade regulamentar o acesso de menores ao consumo de bebida alcoólica, de qual forma poderá se dar essa regulamentação e controle em se tratando do uso de drogas? Se o Estado permite ao usuário a compra e o uso da droga, é necessário ter alguém responsável pela produção e conseqüentemente a venda deste produto, sendo necessária que a regulamentação já comece a ser pensada antes da descriminalização.

Nesse sentido, e frente a fracassada política de guerra às drogas, acredita-se que percorrendo o caminho correto a descriminalização traga bons frutos. Inegável o estrago estrutural causado pelo crime organizado nas instituições brasileiras, corrompendo governos, empresários, agentes estatais, e de maneira ainda mais preocupante os danos sociais que este

causa nas grandes metrópoles urbanas, fortalecendo a desigualdade e a violência.

O dinheiro gasto com o combate bélico ao tráfico ultrapassa a marca dos bilhões de reais, sem que surjam efeitos expressivos. Ficou claro que a droga é assunto de saúde pública e não de polícia, o que conduz à necessidade estatal de unir esforços e recursos para ações preventivas e educativas, bem como de assistência médica aos dependentes químicos, focando os esforços jurídicos e policiais investigativos ao combate à corrupção e lavagem de dinheiro, fiscalizando a atuação dos grupos de poderes que insistem em assaltar os cofres públicos fazendo perpetuar as desigualdades sociais que conduzem a pobreza e aumento da criminalidade.

O gasto público com a manutenção de presídios também é um fator de importância. Um estudo obtido pelo canal de notícias G1 no ano de 2015, estimou que 32,6% da população carcerária no Brasil responde pelo crime de tráfico de drogas. Nesse mesmo contexto, temos prisões superlotadas que não possuem capacidade para oferecer tratamento digno aos detentos, aumentando o nível de reincidência destes uma vez que os presídios se tornaram verdadeiros centros de contratação de pessoas para o crime organizado.

Indo além, com a legalização seria possível o controle e a incidência de tributos da mesma forma que ocorre com as bebidas alcoólicas e cigarros. O estado de Nova York nos Estados Unidos legalizou a produção e venda da Maconha no dia 30 de março, estimando que irão arrecadar cerca de 2 bilhões de reais por ano com a iniciativa.

Portanto, a regulamentação da descriminalização, bem como da legalização – pelo menos da maconha – deve ser o próximo passo a ser tomado, caso o Brasil queira caminhar com efetividade neste assunto, uma vez que a denominada “guerra às drogas” já se mostrou fracassada.

8. Considerações finais

Conforme exaustivamente demonstrado neste artigo, o tráfico de drogas acabou se tornando uma representação da desigualdade social vivenciada no Brasil. Fica claro que os personagens “preferidos” do Estado na repressão deste crime estão inseridos em ambientes de pobreza, como periferias de grandes centros urbanos.

A omissão Estatal de fornecer condições mínimas de subsistência a estes grupos mais vulneráveis, aliado ao sistema corrupto que distorcem a função principal do Estado, reforçam a ida dos indivíduos que vivem sob esta condição de precariedade social para a criminalidade, uma vez que não encontram oportunidades para promoverem uma melhor qualidade de vida por meios lícitos.

A Lei nº 11.343/06 veio buscando uma maior repressão e atenção quanto ao crime de tráfico de drogas. Conforme demonstrado, obtivemos fatores positivos como a não privação da liberdade pelo uso, entretanto, por outro lado, houve uma maior repressão estatal e muita subjetividade na interpretação dos dispositivos, o que levou a um aumento nos casos de tráfico, ocasionando a superlotação de presídios e por consequência, erros judiciários que recaíram, em regra, em cima da população que vive em situação de vulnerabilidade.

A resistência jurídica a alguns pontos da Lei nº 11.343/06 garantiram o respeito a determinados direitos fundamentais como o direito à liberdade provisória, mas a incerteza é que ainda permeia grande parte do texto da lei, pois o sistema ali criado tende a recair mais para o lado da subjetividade, causando insegurança jurídica e deixando as impressões sociais dos julgadores tomarem papel principal na definição de traficantes e usuários.

Ainda como ponto importante, foi criado a figura do tráfico privilegiado que busca diminuir a pena daqueles indivíduos primários, sem maus antecedentes e não integram organização criminosa, visando privilegiar os indivíduos que por razões diversas se aventuram no tráfico de drogas, mesmo sem representar um histórico que conduza a interpretações de que este faça da criminalidade um modo de viver.

Como ponto importante, fica a crítica sobre o sistema judiciário que aprisiona apenas a base da organização criminosa, ou melhor, integrantes de baixo escalão, que se trata de indivíduos substituíveis que nada representa na estrutura organizacional do crime, mas que como salientado, integram a parcela favorita do Estado na repressão.

O desconhecimento e vulnerabilidade deste público atraem os olhos do Estado, enquanto os integrantes do alto escalão, responsáveis por esquemas internacionais, lavagem de dinheiro, suborno e corrupção não são comumente fiscalizados, pois tem ao seu lado o conhecimento, a influência e o capital necessário que lhes fazem passar despercebido.

E neste sentido, cabe a reflexão acerca da descriminalização e legalização que por um lado arrecadaria recursos a serem investidos em políticas públicas de recuperação aos dependentes e viciados, bem como no incentivo a políticas públicas de inserção social, e por outro lado o desmantelamento da estrutura organizacional criada pelas organizações criminosas, a condução da descriminalização devidamente regulamentada resolveria os grandes problemas elencados neste artigo, razão pela qual recebe a sua aprovação.

Referências

ANTUNES, Jéssica. Aumenta entrada de crianças na rede de tráfico de drogas no Rio. In: **Agência Brasil**. 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/>

geral/noticia/2018-07/aumenta-entrada-de-criancas-na-rede-de-traffic-de-drogas-no-rio>. Acesso em: 01 abril 2021.

BRASIL. **Apelação Criminal nº 0018214- 26.2012.8.26.0032**, 2ª Câmara de Direito Criminal, Rel. Diniz Fernando, v.u., j. 10 ago. 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/205967685/processo-n-0016295-8920188260032-do-tjsp>>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **HC 97.256/STF**, rel. Ayres Britto, de 01 de setembro de 2010. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwik8oq6o8fwAhVPFLkGHdz_CVYQFjAAegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Fstf.jus.br%2Fportal%2FinteiroTeor%2FobterInteiroTeor.asp%3Fid%3D617879&u sg=AOvVaw2Z6DICgKW3pYK2OTQjHa3D>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **HC 127.573/STF**, Min. Gilmar Mendes. 11 de novembro de 2019. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862030025/habeas-corpus-hc-127573-sp-sao-paulo-0001074-7820151000000>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **HC 316.411/RS**, rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. 15.04.2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178408165/habeas-corpus-hc-316411-rs-2015-0031926-6>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. **HC 347.836/SP**, rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. 11.05.2016. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340043165/habeas-corpus-hc-347836-sp-2016-0020944-4/inteiro-teor-340043183>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral: (arts. 1º a 120) / Fernando Capez. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO GLOBAL DE POLÍTICAS SOBRE DROGAS. **Avanços na reforma de políticas sobre drogas**: uma nova abordagem a descriminalização. Relatório do ano de 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial comentada**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

MASSON, Cléber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de Drogas**: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. **Lei de drogas comentada**. 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

VALOIS, Luís Carlos **O direito penal da guerra às drogas** 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

VECCHIA, Marcelo Dalla. **Drogas e direitos humanos: reflexões em tempos de guerra às drogas** [recurso eletrônico]. 1.ed. Porto Alegre: Rede Unida, 2017.

VELASCO, Claro; D'AGOSTINO Rosanne. Um em cada três presos do país responde por tráfico de drogas. In: **G1.com**. 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>>. Acesso em: 23 abril 2021.

VIGILANTIBUS, Jus. Uso de drogas no Brasil está ligado à desigualdade e à exclusão social, aponta Unesco. In.: **Jus Brasil**. 2009. Disponível em: <<https://jus-vigilantibus.jusbrasil.com.br/noticias/363721/uso-de-drogas-no-brasil-esta-ligado-a-desigualdade-e-a-exclusao-social-aponta-unesco>>. Acesso em: 23 abril 2021.

Capítulo 24

Direito sistêmico: uma nova abordagem de solução de conflitos no âmbito jurídico

*André Filipe Nepomuceno Miranda Leite
Victor dos Santos Bruce*

1 Introdução

Este artigo apresenta estudos sobre as constelações familiares e o direito sistêmico, com destaque para a conciliação e a mediação judicial. O estudo tem interesse na seguinte questão: quais são as características do Direito Sistêmico como uma nova abordagem de solução de conflitos no âmbito jurídico e sua (in) eficácia como um meio extrajudicial?

A constelação familiar é uma técnica que humaniza o tratamento dos processos, porque salienta a origem verdadeira do referido problema, para que se possa solucioná-lo com eficácia e harmonia entre as partes.

O método considerado terapêutico foi criado por Bert Hellinger (2001), na década de 1970, quando era padre da Igreja Católica, desenvolveu esta técnica durante período de permanência na África do Sul.

No Brasil, na Bahia, em 2012, o juiz de direito, Sami Storch, do Tribunal de Justiça da Bahia, implantou essa abordagem no ordenamento jurídico brasileiro, dando-lhe o nome de “Direito Sistêmico”. A partir da constatação do acúmulo de processos em vários setores, o juiz resolveu aplicar a Constelação Familiar para possibilitar aos magistrados e às partes envolvidas uma compreensão familiar em uma dada situação conflituosa. (STORCH, 2015).

O direito já possui várias normativas que amparam o desenvolvimento do método da constelação familiar, tais como: Resolução

nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que objetiva consolidar os mecanismos consensuais de solução de conflitos (Brasil, CNJ, 2010); Lei da Mediação nº 13.140/ 2015, dispõe que um terceiro imparcial escolhido ou aceito resolvem a questão através dos meios consensuais, facilitando o diálogo entre as partes; o Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105 (BRASIL, 2015); Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais, que apresenta os princípios e garantias, as regras do procedimento e as responsabilidades, sanções e outros.

O objetivo geral para as reflexões aqui traçadas é demonstrar o recurso terapêutico da constelação familiar sistêmica como método alternativo no âmbito do Direito de Família, descrever sua contribuição na humanização e no descongestionamento do fluxo de processos, efeitos e reflexos na legislação, além de apresentar os posicionamentos de doutrinários a esse respeito no âmbito jurídico. Os objetivos específicos são: apresentar a história e a (in) aplicabilidade da prática da constelação familiar como meio alternativo de solução dos conflitos no ordenamento jurídico, no contexto humanitário e no social; evidenciar o estímulo de práticas conciliatórias, sua classificação, etapas, as várias normativas e fases que amparam o método e a advocacia no direito brasileiro; analisar a visão humanística no contexto do advogado sistêmico e do processo judicial para a eficácia da resolução do problema; analisar a aplicação da Constelação Familiar; por fim, a analisar como a defensoria pública sistêmica, a conciliação e a mediação judicial fazem uso do método.

A metodologia utilizada neste estudo é a teórica, descritiva e bibliográfica dedutiva, com as quais se busca refletir sobre a Constelação Sistêmica e relacioná-la a uma fundamentação, sem, contudo, esgotar o assunto. A abordagem adotada é a qualitativa, pois utiliza dados coletados para buscar entender o problema de uma forma interdisciplinar, dialogando com outros conteúdos disciplinares.

A exposição do conteúdo está organizada em três partes: por esta introdução, onde se apresenta o tema a ser tratado e os objetivos do estudo; o tema foi desenvolvido em itens que tratam sobre as Constelações Familiares e o Direito Sistêmico, a Metodologia das Constelações Familiares, Advocacia Sistêmica e a interdisciplinaridade e, por último, a Defensoria Pública Sistêmica e a Conciliação e Mediação Judicial; por fim, à guisa de conclusão sobre a temática, tem-se as considerações finais.

2 As constelações familiares e o direito sistêmico

Bert Hellinger nasceu em 1925 e, aos 16 anos, foi desenvolver um trabalho, como membro de uma ordem de missionários da Igreja católica, na África com os Zulus, onde procurou administrar organizações com amor aos mais velhos, conduzindo escolas para as pessoas da comunidade. Sua meta era observar os relacionamentos, focando em pontos significativos como, por exemplo, o respeito aos pais, a tomada de decisões comunitárias, evidenciando a primazia do senso comum e não da maioria, seus estudos focalizavam o ocorrido. Quase não havia conflitos familiares, mas, quando surgiam, os Zulus faziam rituais, celebrando perante a comunidade, demonstrando que havia com a pessoa algo de errado. Essa experiência estimulou Hellinger a preocupar-se com os sistemas de relacionamentos humanos (RIBES 2013).

Ao participar de uma dinâmica em um curso inter-racial com os sacerdotes da igreja anglicana, o facilitador de dinâmicas coletivas questionou: o que era mais importante entre as pessoas e os valores morais? Bert Hellinger refletiu intensamente sobre qual era a importância das pessoas perante o sistema, direcionando profunda análise dos três princípios que regem os relacionamentos humanos: pertencimento, hierarquia e equilíbrio de trocas, que foram chamadas "as ordens do

amor", as leis naturais que atuam em todo e qualquer sistema humano (RIBES, 2013).

Ao ser transferido para a Alemanha, tornou-se diretor do Seminário da Ordem de *Marianhiller Pius* em *Wurzburg*. Em 1971, deixou a Ordem dos Missionários, e se casou com sua primeira esposa, iniciando um trabalho como psicoterapeuta, nessa época, foi considerado o principal profissional de grupos na Europa (RIBES, 2013).

Em 1990, Hellinger participou de um Congresso de Psicólogos, no qual a psiquiatra Thea Louise Schonfelder apresentou sua recente abordagem para jovens e, pela primeira vez, demonstrou o método de constelação familiar. Inspirado pelo trabalho apresentado, Hellinger pesquisou mais a fundo todo o processo, iniciando a aplicação do método para pequenos grupos (RIBES 2013).

Em 1995, Gunthard Weber transcreveu alguns cursos de Hellinger, publicando o livro "A simetria oculta do Amor". Em 2003, Hellinger casou-se novamente, agora com Sophie, dessa união possibilitou grandes estudos e avanços nas Constelações Familiares. Em 2004, ela recebeu o prêmio Nobel alternativo para medicina integrativa (RIBES 2013).

Em 2005, nasceu a Hellinger Sciencia, fundada por Bert e Sophie Hellinger, uma ciência do amor do espírito, das relações humanas, das ordens universais do convívio humano, regente da vida em todos os sentidos. Dá-se o início das relações familiares, entre homem e mulher, entre pais e filhos, avançando para relações humanas, e a maior experiência, entre povos e culturas (RIBES 2013).

Conforme Ribes (2013), a constelação visa todas as searas da vida, sendo aplicada nas áreas da psicoterapia, medicina, educação, consultoria empresarial, economia, política e atualmente, na justiça. Desde o seu surgimento, encontra-se em ascensão e aplicação em vários países.

A contextualização histórica do nascimento do método foi para demonstrar o valor da técnica no Brasil. Um dos maiores responsáveis pela introdução dessa psicoterapia no judiciário foi Sami Storch, juiz da segunda vara de família em Itabuna - Bahia, que, após ficar encantado com método de Hellinger, começou a estudá-lo, especificamente fase por fase, quando sentiu a importância de colocar em evidência o pensamento sistêmico para ajudar nos conflitos que surgiam no dia a dia da área jurídica. Uma nova visão se iniciava na legislação brasileira, com objetivo de ajudar na dignidade humana e na resolução de conflitos nas varas de família e nos centros de solução de conflitos e cidadania. Para melhor análise do método, é importante saber o que é o direito sistêmico.

2.1 Direito Sistêmico

Storch (2010), após seu primeiro contato com a terapia das Constelações Familiares, verificou a sua eficácia na solução de questões pessoais, revelando que era uma ciência de grande potencial na área jurídica. Nos tempos atuais, tornou-se inviável a aplicabilidade de processo e julgamento das ações conferidas ao Poder Judiciário, tanto pela estrutura de pessoal e material quanto pelos inúmeros processos acumulados, sem possibilidade de realizá-los por meio de resolução extrajudicial.

Esse novo método tornou-se, então, algo viável no meio judiciário e na sociedade, visto a necessidade de se buscar novos métodos para tratamento dos conflitos, procurando neles solução específica, fundamentada na proximidade, na demonstração de que as partes possuem direitos e obrigações, direcionando as partes para a paz e, principalmente, enfatizando o respeito mútuo, ajudando os envolvidos na construção de um futuro bom relacionamento, de forma amigável, além de outras abordagens que, porventura, se façam necessárias. (STORCH, 2010).

Storch (2010) argumenta, ainda, que a forma tradicional de lidar com os conflitos, não pode ser mais vista como eficiente, pois em vários casos, uma sentença de mérito, proferida pelo juiz, quase sempre desagrada e traz inconformidade às partes. Assim, para melhor atender os aspectos vigentes do âmbito judicial, a legislação brasileira, pensando desafogar o sistema, atender melhor e chegar a resultados satisfatórios, deu origem ao direito sistêmico, ou seja, a inserção de um novo paradigma da ciência por meio de uma mudança de visão de mundo e de uma nova concepção de fazer ciência no meio jurídico.

Muitos conflitos são gerados pela exposição do homem em suas relações interpessoais, embora cada um sempre alegue ter suas razões, essas podem não ter uma decisão positiva, podendo transformar-se em desavenças legais que, atualmente, podem vir a ser resolvidas, mais facilmente, pelo método da Constelação familiar, uma nova forma de ver a Ciência e não uma nova ciência que se traduz em pensamento sistêmico. A palavra sistema deriva-se do grego e significa “colocar junto”, o que leva a uma mudança de perspectiva das partes para o todo, colocando-o em um contexto de restabelecimento da natureza das relações envolvida no problema (CAPRA, 2014).

O paradigma sistêmico, enquanto ciência, rompe uma doutrina de que o conhecimento científico é algo objetivo e absoluto. A influência do processo de conhecimento e a carga valorativa do pesquisador devem ser afastadas. Há a mudança de uma ciência objetiva para uma ciência epistêmica, em que a epistemologia – o método de investigação – torna-se parte integrante das teorias científicas (CAPRA, 2014).

O pensamento é um novo modo de pensar que implica complexidade, instabilidade e a intersubjetividade. Assim, faz-se necessário ir além, procurar o reconhecimento das inúmeras verdades de forma transdisciplinar e trabalhar o objeto em seu contexto, ambiente e relações

envolvidas, com um olhar amplo, compreendendo que todas as ações do mundo são conectadas e únicas. (VASCONCELLOS, 2016).

Houve várias descobertas e experimentos de pensadores, cientistas, filósofos e matemáticos que desbravaram caminhos para o desenvolvimento sistêmico em prol da sociedade. Por isso, um profissional sistêmico acredita que sua missão deve ser humanizada, estratégica, com sabedoria, reconhecendo que seu papel não é o da rigidez tradicional, e, sim de conciliador, desenvolvendo seu trabalho de acordo com a legislação vigente, conhecedores que, na maioria das vezes, os conflitos são delicados, tanto para compreender quanto para desenvolver o trabalho. Para aplicar o método, faz-se necessário saber acolher as ordens do amor, crendo em um processo mais harmonioso entre as partes, complementa Aguiar que:

Na Advocacia Sistêmica, o profissional deverá contribuir para a dissolução do conflito do seu cliente, atuando numa advocacia mais humanizada e mais consensual, ajudando e colaborando ao longo do processo judicial ou extrajudicial de resolução da disputa. (AGUIAR, 2018, p. 161).

Oldoni, Lippmann e Girardi confirmam que:

O advogado sistêmico acredita na advocacia humanizada e estratégica, possuindo um perfil pacificador, sendo o ser humano e a forma como o advogado se relaciona com as partes o grande diferencial do mesmo. Esclarecem que algumas de suas habilidades são a empatia, a escuta ativa e a comunicação eficaz, atuando com foco no cliente e nos sistemas que este integra. Também busca entender os demais envolvidos e seus sistemas, ampliando assim sua consciência, percepção e visualização do todo. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2018, p. 46).

Os autores continuam afirmando “que o advogado sistêmico é um técnico e um facilitador e não se sente maior que seu cliente. Adota uma

postura respeitosa, sistêmica e fenomenológica, considerando as leis de Bert Hellinger que regem todos os sistemas vivos”. (2018, p. 46). Logo, faz-se necessário também alterar a situação conflituosa na qual a parte está inserida, transformando o conflito, ressignificando o contexto apresentado, assumindo uma postura de amor, inclusiva e sem nenhum julgamento.

A partir desses parâmetros, o magistrado criou o conceito de “Direito Sistêmico”, baseado na aplicação das “Ordens do Amor” no âmbito do direito jurídico brasileiro nas áreas de guarda de filhos, separações, divórcio, abandono, violência, entre outros (STORCH, 2015). E essa técnica sistêmica foca a fonte do problema e com a terapia ajuda a resolver de forma a impedir o conflito iniciado, proporcionando aos envolvidos uma conciliação permanente (STORCH, 2015). As ordens do amor ou as leis sistêmicas, como são juridicamente conhecidas e apresentadas, são as seguintes: hierarquia, pertencimento e equilíbrio de troca, conforme descrição apresentada no Quadro 1, que teve como base Hellinger (2003).

Quadro 1 - As ordens do amor ou leis sistêmicas

LEIS SISTÊMICAS	CARACTERÍSTICAS
HIERARQUIA	Observar à precedência das gerações - os mais velhos merecem receber mais respeito e atenção, pois é a origem do sistema familiar. Depende de todos para sobreviver e ter um bom relacionamento, quando um é desrespeitado ou não é reconhecido, o componente sofre consequências.
PERTENCIMENTO	É à prerrogativa de pertencer, em que todos têm iguais direito e necessidade de serem reconhecidos e respeitados como membros dentro dos sistemas aos quais estão vinculados. Sentir-se integrado a um grupo é uma necessidade social do ser humano e que, caso frustrada, acarreta, entre outras coisas, no desenvolvimento inadequado de sua autoestima. Ninguém pode ser excluído de seu lugar dentro de um sistema, sem importar suas características ou atitudes.
EQUILÍBRIO DE TROCA	Os relacionamentos humanos são baseados em uma troca, em que o amor é essencial. O equilíbrio entre dar e receber é vital para o funcionamento e a manutenção do sistema. Todos os indivíduos exercem a sua capacidade de troca nos sistemas, oferecendo seu tempo, sua dedicação, dinheiro, cuidado, tolerância, trabalho, empenho, entre outros. O desequilíbrio, ao contrário, gera um conflito no sistema, um emaranhamento, que é transferido de uma geração para outra, até que se equilibre no sistema outra vez, para que a corrente da vida possa fluir livremente.

Essas leis são princípios que regem os relacionamentos humanos e a constituição dos sistemas familiares ou grupos sociais, tais ordens são constantemente colocadas à prova por aqueles que praticam as constelações familiares e, através das constelações, as ordens do amor são confirmadas, adaptadas ou, até mesmo, invalidadas pela técnica fenomenológica, que se permite ser arbitrária. Como as leis da física, da biologia ou da química, as leis do amor estão em constante evolução.

Fonte: Adaptado de Hellinger (2003, p. 60).

É uma tomada de consciência de uma nova forma do Direito a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, relacionados com a liberdade, a solidariedade, a tolerância, o pluralismo, a diversidade cultural e o respeito ao próximo. As ordens do amor valorizam cada pessoa em particular, porque pertence a um sistema a sua posição, a sua dor ou outro pertencente ao grupo.

2.2 Constelação Familiar e a interpretação das relações humanas

A Constelação Familiar, denominada como interpretação das relações humanas, inspira-se na imagem de grupos de estrelas próximas umas das outras, conforme a visão que se tem da terra, entrelaçadas por linhas imaginárias com formações variadas e nomes específicos que as levam transportar para o mundo real pessoas brilhantes, notáveis. Os estudiosos formam um grupo de pessoas para desenvolver sessões que possam possibilitar o amadurecimento da alma (SCHNEIDER 2007). Hellinger e Hovel afirmam que na terapia familiar sistêmica deve-se “[...] averiguar se, no sistema familiar ampliado, existe alguém que esteja emaranhado nos destinos de membros anteriores dessa família. Isso pode ser trazido à luz através do trabalho com constelações familiares [...] a pessoa consegue se libertar mais facilmente deles”. (HELLINGER; HOVEL, 2006, p. 11).

O autor, ainda, afirma que o método auxilia as pessoas a identificar o que deve ser feito, utilizando as reações dos representantes para mudar a dinâmica familiar para estabelecer as ordens sistêmicas ocultas do amor, permitindo maior fluidez no andamento dos casos (HELLINGER, 2003).

Hellinger e Schneider (2007) afirmam que o método é simples e básico, uma terapia breve, em que o cliente escolhe pessoas para representar os membros da família (pai, mãe e outros), colocando-se no lugar do membro familiar. O processo busca vivenciar os problemas de forma real, com a impecabilidade do geral para o específico de forma equilibrada e sem interferência pessoal.

2.3 (In)aplicabilidade da constelação familiar como ferramenta na resolução de conflitos

As constelações familiares trazem uma luz para o ingresso de outro caminho até a consciência oculta do saber por meio da participação. O cliente escolhe sem fundamento lógico “[...] participantes de um grupo, representantes para si e para outros membros de sua família [...] posiciona os representantes no recinto, relacionando-os entre si [...] no processo da configuração da família, colocando-o em contato com um saber que antes lhe estava vedado”. (HELLINGER, WEBER, BEAMONT, 2003, p. 17).

Entretanto, só há eficácia quando a escolha é realizada conforme a ação, identificação dos sentimentos e as demais circunstâncias que fizeram surgir o conflito que deu origem ao encontro para busca de uma solução viável, que, às vezes, é impossibilitada por diversos motivos. A constelação familiar, como processo terapêutico, é complexa, profunda e precisa trazer o constelado ao equilíbrio, às vezes, pode ir além da realidade, surgindo novos conflitos.

O advogado, para obter eficácia na aplicação do método, necessita de profissionais bem estruturados em sua equipe, manter sempre os estudos, análises, observações, acompanhamento das legislações, evolução da sociedade, além de um espaço adequado para realização das sessões. Embora aplicada no Brasil, ainda há muito a se fazer, principalmente, nos casos de ineficácia conjunta (ou em parte) dos estudos realizados, da

aplicação do método e da legislação brasileira, ou, ainda, participação de profissionais com a formação inadequada, como funcionários, para a ação da constelação sistêmica. Ela apresenta uma nova ética, frente ao conflito familiar, proporcionando às partes uma forma efetiva e humanizada para a resolução de conflitos, como o homem merece, pois perante a lei, todos são iguais.

3 Metodologia das constelações familiares, a advocacia sistêmica e a interdisciplinaridade

Hellinger (2003) analisou várias abordagens terapêuticas, das quais o estudo experimental lhe fez descobrir algumas leis que governam o nosso dia a dia, colocando as provas de formas variadas, adaptadas e até negadas pelo método fenomenológico. As constelações podem ser utilizadas como ferramenta por juízes, advogados, mediadores, conciliadores, membros do Ministério Público e por profissionais que possam auxiliar a solucionar situações e conflitos, basta acreditar e ter conhecimento técnico para desenvolver o método com primazia (Storch, 2010).

Para dar andamento ao processo, o cliente fala para o terapeuta a questão a ser trabalhada, escolhe e posiciona os representantes de acordo com vínculos e relações entre eles. É importante salientar que devem ser pessoas que tenham um papel significativo no que se vai posicionar (Storch, 2010). Os desenvolvimentos equilibrados, espirituais e sensíveis do ser humano fazem necessários para sua aplicação. É importante esclarecer como será definido o problema, como escolher os representantes, como é feita a montagem da constelação e o desenvolvimento da possível solução.

A Constelação familiar, segundo Hellinger (2001), acontece sobre o enfoque fenomenológico, dessa forma, o cliente escolhe de forma aleatória,

entre os participantes de um grupo, representantes para si e para os outros membros de sua família, como seu pai, sua mãe e seus irmãos. Centrado, o cliente posiciona os representantes no local, relacionando-os entre si. Nesse processo, o cliente é surpreendido por algo que vem à luz e a configuração realizada da família, chama para si, o saber, que antes estava na obscuridade.

3.1 Etapas da Constelação Familiar

Para melhor entendimento da Constelação Familiar, são apresentadas as descrições de suas etapas e dos respectivos pontos significativos, de acordo com Manne (2008), no Quadro 2, a seguir:

Quadro 2 – Etapas da Constelação Familiar

Etapa	Descrição	Ponto significativo
1 Definição do problema	Qual é o problema? (concentrar fatos e métodos fenomenológicos).	O terapeuta deve perguntar também o que o leva a buscar ajuda.
2 Escolha dos representantes	De acordo com a problemática dada pelo cliente, o terapeuta solicita-lhe que escolha um dos participantes para representar os membros selecionados da família para representá-lo. O terapeuta, no início, prende-se a um número mínimo e, depois, no decorrer do processo, poderá aumentar os representantes.	No decorrer da aplicação do método, quanto menos os participantes souberem melhor. Cada constelação é única.
3 Montagem da constelação	Algumas orientações são dadas para o cliente pelo terapeuta. O cliente concentra-se profundamente, colocando-se atrás de cada representante e, depois, senta-se entre os participantes, observando o que se passa.	O terapeuta mostra a atenção e as reações do cliente.
4 Processo de solução	Existem duas formas: na primeira, traz a intervenção do terapeuta que pede a cada um dos representantes que descreva o que lhe acontece; na segunda, os clientes representam a si mesmos.	De uma maneira lenta e de forma delicada.

5 Encontrando a solução	Após, todos os representantes estarem satisfeitos, confortáveis e todo o grupo estar tranquilo com a situação relatada.	Agora, finalizado com cada membro da família.
6 Ritual de encerramento	É o momento de encerramento da constelação, no qual cada representante deixa o seu papel. Quando se encontra o equilíbrio, brotando um conforto físico ou emocional, é o final.	Neste momento, evitam-se comentários, ações presenciadas, resultados observados e a confiabilidade das questões que foram apresentadas.

Fonte: Adaptado de Manne (2008).

O constelado deve ter autoconhecimento e ser conhecedor do próprio sistema para ajudar no processo e aos profissionais; conhecimento da metodologia e domínio da área jurídica para atuar em qualquer tipo de conflito. As práticas sistêmicas estão presentes em diversas searas do sistema de justiça, como, por exemplo, na Defensoria Pública, para dar direito ao homem em apaziguar o conflito que o aflige.

Ao buscar a justiça, o cidadão quer vislumbrar um tratamento humano, e não se enxergar apenas como mais um número nas estatísticas; com o advento da aplicação da Constelação familiar, o indivíduo vê que há outras soluções viáveis. É salutar frisar que só se aplica a constelação quando existe um conflito e um terapeuta especializado, ainda assim, podem participar as pessoas de fora, as pessoas que tenham passado por algo semelhante ou pessoas que possuam processos tramitando na justiça. Até agora, buscou-se salientar a aplicação da constelação familiar em termos gerais, torna-se necessário entender alguns pontos significativos para a advocacia, a fim de se obter melhor fluidez e resultado na aplicação do método.

3.2 A Advocacia sistêmica

Na maioria das vezes, os conflitos entre os indivíduos envolvem questões delicadas, por isso, exigem para a compreensão e para o

desenvolvimento do trabalho, o entendimento desses casos como oriundos de causas complexas. Acredita-se, entretanto, que os advogados capacitados em Constelações Familiares atuem com visão sistêmica aplicada ao Direito, reunindo sensibilidade e profundidade no trato com o método e conhecimento significativo na área jurídica, transformando a lei fria num olhar humano e igualitário, buscando encontrar uma solução sustentável e equilibrada para os envolvidos, analisando o sistema como um todo. Cabe ao advogado, nesses termos, colocar em ação as etapas da Constelação, acolher as ordens do amor, acreditando num processo harmonioso entre as partes, fazendo de cada encontro uma certeza de paz.

É importante alterar a situação conflituosa, transformando-a, ressignificando o contexto, assumindo uma postura de amor, inclusiva e sem nenhum julgamento, conforme já exposto. O art. 2º do Código de Ética e Disciplina da OAB, afirma que “o advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce”. É importante frisar que a utilização da Constelação Familiar no Judiciário brasileiro, em casos de processo de solução de conflito, só se faz presente por causa do advogado sistêmico.

3.3 A interdisciplinaridade no Direito

Os casos abordados no meio jurídico exigem o envolvimento de diversas áreas do conhecimento para se chegar a uma correta avaliação e interpretação da legislação, aos direitos de cada parte e a solução do problema, de forma que ajude ao operador do direito a apresentar um resultado à luz da lei, mas também fruto da sabedoria, da coragem e do amor.

Considerando-se que a interdisciplinaridade é baseada na relação pluridisciplinar e transversal entre as várias formas de se enxergar o mundo, ou seja, as várias áreas do conhecimento, pode-se dizer que essa relação promove novas opções e formas de cooperação entre os pares, a fim de se obter uma visão mais precisa de casos sob o crivo judicial.

O trabalho jurídico é árduo, cuidadoso e analítico, alterna o rigor das leis e a vivência histórica do conflito em julgamento com o olhar interdisciplinar, recupera a mágica das práticas, de novos movimentos que induzem a superação e reformulação do pensar das pessoas. Daí a importância da troca, para que o trabalho não seja individual e, sim, coletivo, de forma a levar a sociedade a ver que o ser, o agir e o saber não são fragmentados, precisam acontecer na perspectiva da totalidade.

Precisa-se ter em mente que o mundo mudou, as transformações são várias e as velhas maneiras de estar no mundo foram superadas. Compreender que a vida possui muitas facetas, as quais precisam ser consideradas de modo mais abrangente pelo mundo jurídico.

Para tanto, o advogado precisa estar atento e usar as novidades dos tempos atuais, seja em uma perspectiva individualizada seja dialogal. A perspectiva individualizada está relacionada com o objeto, suas características e singularidades na busca da realidade que vai se apresentando de forma lenta, obtendo-se os conhecimentos básicos para resolução do problema. A perspectiva dialogal é fundamental para compartilhar com os pares as angústias, inquietações e as vivências, em favor de uma construção de um saber ágil, consensual e operacionalmente aceito.

O Código de Ética da OAB denota, em algumas partes, a compatibilidade dos princípios que têm a advocacia sistêmica com orientações generalizadas aos profissionais da área, como: empenhar-se, permanentemente, no aperfeiçoamento pessoal e profissional; contribuir

para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis; estimular a qualquer tempo, a conciliação e mediação entre litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

A transdisciplinaridade vai além, pois é uma dialética entre os diversos ramos do saber que juntos produzem novos conhecimentos. É importante mecanismo jurídico estando em constante evolução e transformação, principalmente, acompanhando as transformações sociais.

Essa prática requer um advogado apto a dialogar propostas em direção a uma articulação em torno de um projeto, exigindo um trabalho coletivo e que interaja com seus pares e, em conjunto, exponha as condições na transgressão das fronteiras, interpretando a cultura e reconhecendo o contexto em que se deu o conflito (CUNHA, 2007).

É benéfico criar no grupo de trabalho uma atmosfera emocional-racional para o desfecho positivo da situação de conflito. Para isso ocorrer, os instrumentos já apresentados estão aptos a aproximar o jurídico da realidade social e dos fins almejados pelo Estado. Como afirma Fazenda, a adoção de práticas interdisciplinares requer novas posturas, a saber:

O primeiro passo para a aquisição conceitual interdisciplinar seria o abandono das posições acadêmicas prepotentes, unidirecionais e não rigorosas que fatalmente são restritivas, primitivas e "tacanhas", impeditivas de aberturas novas, camisas-de-força que acabam por restringir alguns olhares, taxando-os de menores. Precisamos, para isso, exercitar nossa vontade para um olhar mais comprometido e atento às práticas [...] rotineiras menos pretensiosas e arrogantes [...] (FAZENDA, 1988, p.13).

Para aplicar a técnica da Constelação, precisa-se estar seguro de seu conteúdo teórico em consonância com os outros profissionais, representantes e clientes, incorporando sempre contribuições da

psicologia, da filosofia, aplicando as técnicas sistêmicas e a didática em prol de todos. A sociedade precisa ser mais livre, justa e solidária, de modo que transcenda à busca do ser que está dentro de cada um, livre para expor e, principalmente, escutar o que o outro tem a dizer. É colocar-se no lugar do outro, com maturidade, sabedoria e direção na construção do seu EU e do OUTRO, solidários e livres.

4 A defensoria pública sistêmica e conciliação e mediação judicial

O poder judiciário e os defensores públicos iniciaram e acompanharam os estudos e os avanços proporcionados pelas constelações familiares. Chegaram à conclusão que os conflitos trabalhados de forma tradicional levam muito mais tempo para serem resolvidos, enquanto que o resultado com o emprego do método da Constelação Familiar dá-se de forma ágil e harmoniosa, economizando tempo e devolvendo paz ao cliente.

4.1 A Defensoria Pública Sistêmica

Para aplicar a Constelação Familiar, é necessário estar atento à Legislação Brasileira: o Art. 134 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988 (CRF), afirma que a “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados”. Na forma do art. 5º, LXXIV, ele define que “mesmo àquele que não tenha condições financeiras de pagar pelos serviços de um advogado seja garantido o direito ao acesso à justiça. Dessa forma, cabe ao Estado custear as despesas necessárias para que esse direito não seja violado” (BRASIL, CRF, 1988).

A lei complementar nº 80/1994 organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos territórios, prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. (BRASIL, 1994).

Conforme o artigo 4º, redação da lei complementar nº132/2009, de 07 de outubro, que delinea as funções institucionais.

Além das medidas judiciais, nos espaços nacional e internacional, sobre a importância da defesa dos respectivos grupos, a mesma descreve: Inciso III – “promover a difusão e a conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico”; Inciso IV – o atendimento interdisciplinar e Inciso II, “a promoção prioritária da solução extrajudicial, dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflitos de interesses por meio da mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas da composição e administração de conflitos”. O arcabouço legal, de acordo com o papel da Defensoria Pública, sugere várias atuações e permite visualizar olhares novos sobre os conflitos.

Como já afirmado, a Defensoria Pública Sistêmica é uma instituição em que “os profissionais atuantes agem como ajudantes, mesmo sem cargo, olham de maneira consciente para o assistido, como membro da família que possuem seu desentendimento e boa consciência.” (HELLINGER, 2015, p. 53). Os ajudantes, através de posturas éticas e práticas sistêmicas, procuram ajudar ao olhar o conflito de uma forma ampla, iluminada à “luz das ordens do amor”, dando-lhe a oportunidade de obter mais que uma “homologação de transação extrajudicial”, a paz e a harmonia entre os envolvidos, de acordo com o que é direito para vivência neste mundo.

O juiz Storch (2011), quando observou que as constelações familiares, além de ser uma terapia que consegue solucionar questões pessoais, visualizou que o método estaria de acordo com a área jurídica, constituindo-se em um instrumento poderoso no auxílio dos julgamentos, nas audiências e Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alinhada à resolução nº 125/2010, o Sistema Único de Saúde (SUS), em 2018, que considerou o processo como uma prática da saúde.

Assim, começou-se a aplicá-la, obtendo-se o retorno positivo esperado. A constelação familiar foi consolidada em forma de terapia no Brasil, seguindo: o Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, enfatiza os meios consensuais de pacificação dos conflitos sociais, tendo como foco a mediação, buscando reduzir em 50% o tempo de trâmite de uma ação no Judiciário, permitindo mais rapidez e celeridade aos processos (BRASIL, 2016). O Ministro Fux (STJ, 2015) esclareceu sobre o desafio de “[...] resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere”. Os juristas focaram no projeto do Novo Código de Processo Civil, da seguinte maneira:

[...] a coerência, especialmente no que tange à Constituição Federal; a simplificação; a segurança jurídica; eficiência no âmbito do contexto social (estimulando a mediação e conciliação); o rendimento processual, e o equilíbrio saudável entre conservação e inovação sem que tenha havido drástica ruptura com o presente ou com o passado. (BRASIL, 2015).

O projeto de lei nº 9444/2017 dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica, como o instrumento de mediação entre particulares, para assistir à solução de controvérsias. Gagliano e Pamplona Filho (2011) apresentaram a Constelação Familiar como ferramenta que auxilia a prática de resolução de conflitos nas varas de família e, quando aplicada ao plano tático processual, permite identificar as partes a serem usadas, mas quem decide sobre a aplicação são os envolvidos. Infere-se que a Constelação familiar contribui para ajudar na resolução de situação de conflitos, transformando e ressignificando o contexto que gerou a situação, assumindo uma nova postura de amor, sem nenhum julgamento.

4.2 Conciliação e mediação judiciais

Uma das inovações significativas do Novo Código de Processo Civil, sem dúvida, são a conciliação e mediação, pois o legislador está promovendo a solução consensual dos conflitos (BRASIL, 2015). A Nova Carta Constitucional passa a apresentar um amplo conteúdo normativo que constitui uma variedade de princípios e valores que servem de base à atuação dos agentes estatais, irradiando seus efeitos a todo o sistema jurídico.

Nas palavras de Piovesan (2013), cria-se um novo paradigma jurídico: “A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira”. O conceito para a mediação encontra-se na Lei n.º 13.140 /2015, artigo Art. 1º [...], onde se lê que: “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”.

A partir dessa Lei de Mediação, a constelação familiar tem sido aplicada ao Direito brasileiro, como uma técnica extrajudicial autocompositiva, destinada a uma solução pacífica de conflitos. Por isso, desde o início, o Código já demonstra o apreço que o legislador teve pela “conciliação e mediação”, conforme dispõe o artigo 3º, §§ 2º e 3º, amparado pela Resolução 125/10 do CNJ, a saber:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015, p. 02).

Passou a ser dever de o Estado brasileiro adquirir meios para a realização da conciliação, alcançando o consenso entre as partes, fazendo-os sentir que é a melhor forma, realizada por conciliadores, mediadores, juízes, defensores públicos, entre outros. Para se chegar à celeridade de forma eficiente só pode ser por meio do consenso e de comum acordo com as partes. A esse respeito, ressalte-se que o Ministro Fux (2015, p. 05), realizou de forma significativa os estudos do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), e colocou em evidência a nova prática de conciliação, como uma contribuição para dar celeridade aos processos.

Os deveres dos conciliadores e mediadores judiciais devem seguir os princípios éticos e as regras de conduta constantes do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, instituído no Anexo III, da Resolução n. 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, bem como os contidos nos artigos 166 e 170 a 173, do Código de Processo Civil, e ainda, nos artigos 2º, 5º, 6º e 7º da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Destacam-se os princípios da informalidade, oralidade, confidencialidade, busca do consenso, boa-fé, imparcialidade, independência, isonomia entre as partes, autonomia da vontade, decisão informada, empoderamento, validação, respeito à ordem pública e às leis vigentes e competência.

5. Considerações finais

Este estudo teve como objeto a Constelação Sistêmica ou Constelação Familiar, como técnica consensual de solução de conflitos, enfatizados na 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. A pergunta de partida que norteou o

trabalho apresentou resultados significativos, atendendo às pretensões iniciais.

O objetivo geral de demonstrar o recurso terapêutico da constelação familiar sistêmica como método alternativo no âmbito do Direito de Família na humanização e no descongestionamento do fluxo dos processos, seus efeitos e reflexos na legislação, além dos posicionamentos de doutrinários no âmbito jurídico foi alcançado.

A conciliação e mediação são técnicas consensuais de solução de conflitos, regulamentadas pela Constituição Federal, várias normas infraconstitucionais e pela própria Resolução 125/2010, priorizam o diálogo entre as partes, para que todos tenham seu espaço para falar e escutar ativamente. Sabe-se que a Constelação Sistêmica é uma nova abordagem, que não considera apenas o indivíduo que compõe o litígio, mas todo o sistema em que esse indivíduo está inserido, influenciando de forma direta a resolução do conflito, já que o objetivo central do método é a busca incessante pela conciliação e mediação.

Através das considerações apresentadas, pode-se também verificar que as famílias têm passado por várias transformações e se faz importante desenvolver melhorias na legislação, surgindo a Constelação Familiar como uma nova alternativa para resolução dos conflitos e ajudando que as partes envolvidas sejam protagonistas de suas próprias histórias.

A pluralidade e complexidade das relações sociais requerem um profissional do Direito dinâmico e capaz de se harmonizar com os anseios e as transformações sociais, esse novo perfil só se efetivará se a ciência do Direito sair de seu isolamento e abandonar suas ideias de supremacia, construindo e reconstruindo as novas dinâmicas da sociedade, formando equipes multidisciplinares, visando alcançar a transdisciplinaridade.

Busca-se através de um Projeto de Lei de iniciativa popular a uniformização da técnica de Constelação Sistêmica nos Tribunais, a

regulamentação como um instrumento de mediação prévia. É importante salientar que o Projeto de Lei 9.444, de 2017, que trata da Constelação Sistêmica, tem as mesmas diretrizes da Lei 13.140, de 2015, que dispõe sobre a Mediação entre os particulares.

Ao concluir o estudo considerou-se que um dos entraves da aplicação plena da referida técnica, no Brasil, é a carência de profissionais especializados, mas já é possível visualizar mudanças, visto que essa terapia já é considerada como forma de desafogar o judiciário. Notou-se também que os conflitos são diferentes entre si e necessitam de instrumentos adequados para cada espécie de litígio.

Esta pesquisa não possui a pretensão de esgotar a questão, mas foi uma forma instigante de estimular mais estudos sobre um método humanizador e célere que pode ajudar o Judiciário brasileiro a encontrar novos meios de promover a justiça e a paz.

Referências

- AUN, Juliana Gontijo. In: VASCONCELLOS, Maria José Esteves. **Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da Ciência**. 10. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2013.
- AGUIAR, Ana Cecília Bezerra *et al.* **Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica**. Rio de Janeiro: Lumena Juris, 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal.
- BRASIL. Ministério Público do Direito Federal e Territórios (MPDFT). AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5. ed. Brasília (DF): MPDFT, 2016.
- BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015). Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Diário Oficial da União (DOU).

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br > uploads > 2014/04](https://www.cnj.jus.br/uploads/2014/04). Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Ordem dos Advogados do. **Código de Ética e Disciplina da OAB**. Brasília, DF: OAB, 2020.

BRASIL. **Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais**. Disponível em: <<https://ww2.trt2.jus.br> > o-trt-2 > portal-da-conciliacao>. Acesso em: 10 maio 2021.

CAPRA, Fritjof. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Trad. Mayara Teruya Eichenberg ; Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CUNHA, M. I. **Reflexões e práticas em pedagogia universitária**. Campinas (SP): Papiros, 2007.

FAZENDA, Ivani. Interdisciplinaridade – transdisciplinaridade: visões culturais e epistemológicas. In: **O que é interdisciplinaridade?** São Paulo: Cortez, 2008.

GAGLIANO, A. S; PAMPLOMA, FILHO. R. **Novo Curso de Direito Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HELLINGER, Bert. **O amor do Espírito**. Belo Horizonte (MG): Atman, 2015.

HELLINGER, Bert; SCHNEIDER. **Ordens do Amor**: um guia para o trabalho com constelações familiares. Tradução Newton de Araújo Queiroz. Revisão técnica Eloisa Giancoli Tironi, TsuyukoJinno-Spelter. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert; HOVEL, Gabriele Ten. **Um lugar para os excluídos**: conversa sobre os caminhos de uma vida. Patos de Minas (MG): Atman, 2006.

HELLINGER, B, WEBER, G, BEAMONT, H. **À Simetria oculta do amor**: por que o amor faz os relacionamentos darem certo. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor: um guia para o trabalho com Constelações Familiares**. 12. ed. São Paulo: Cultrix, 2003.

HELLINGER, Bert. **Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2001.

MANNE, Joy. **As Constelações Familiares em sua vida diária**. Tradução Rosanne Albert. São Paulo: Cultrix, 2008.

OLDONI, Fabiano; LIPPMAN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: aplicação das Leis de Bert Hellinger ao Direito Penal**. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIBES, Brigitte. **Constelações de doença / doença constelação: a partir dos entendimentos de Hellinger e Hamer**. São Paulo: Gaia, 2013.

SILVA, José Gomes. **Dos princípios e das garantias como diretrizes do Novo Código de Processo Civil**. In: Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados, v.16, n.30 jul./ dez.2013. Disponível em: <https://www.unigran.br> > 30 > artigos > artigo02. Acesso em: 10 maio de 2021.

SCHNEIDER, Marília. **Justiça e política na primeira república: história do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: Singular, 2007.

STORCH, Sami. **Direito Sistêmico: primeiras experiências com constelações no judiciário**. In: Filosofia, Pensamento e Prática das Constelações Sistêmicas – nº 4. São Paulo: Conexão Sistêmica, 2015.

STORCH, Sami. O que é o direito sistêmico? In: **Blog do Sami Storch**, [S. l.], 19 nov. 2010. Disponível em: <<https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/>>. Acesso em: 14 abril 2021.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. Campinas, São Paulo: Papirus, 2016.

Capítulo 25

A interpretação do § 1º do Artigo 61 da Lei nº 11.101/05: uma análise sob o enfoque da teleologia e da equidade

*Gabriel Marques e Souza
Tiago Infantini dos Santos
Allan Duarte Milagres Lopes*

1 Introdução

A promulgação da Lei nº 11.101/05 – Lei de Recuperação e Falências (“LRE”), trouxe grande inovação, isso porque a antiga legislação falimentar, tratada pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, deixou de se prestar às necessidades da realidade empresarial brasileira. Ora, a falência não se mostrava hábil à manutenção das atividades empresariais, além de que a concordata em muitas vezes era decretada pelo magistrado ao arrepio da vontade dos credores. Portanto, desde a década de 70, clamava-se por uma reforma legislativa que criasse mecanismos eficientes para a recuperação de uma empresa em crise.¹

No brilhante ensinamento de Daniel Moreira do Patrocínio (2014), o exercício da atividade empresarial não é de interesse exclusivo do empresário, em especial quando se trata das empresas de grande porte. A continuidade das atividades desenvolvidas interessa aos empregados, que através dela sustentam-se e às suas famílias; aos fornecedores; ao fisco; e à comunidade onde está inserida. Daí porque falar-se-á em função social da Empresa, ora, a continuidade de seu exercício interessa a todos.

¹ Esta Lei veio para substituir a antiga legislação brasileira sobre as empresas em crise, alterando a orientação predominante para a busca da recuperação das empresas ao invés da busca da sua liquidação. (TOMAZETTE, Marlon, Curso de Direito Empresarial: Falências e Recuperação de Empresas, Volume 3, 5ª edição, página 46, São Paulo, Atlas, 2017).

Deste modo, quando se tem uma sociedade empresária enfrentando momentos de crise econômica ou financeira, não se pode medir esforços para sua recuperação, sempre que possível e viável. Tanto é verdade, que num processo de recuperação é comum ocorrer de os credores se sacrificarem, de modo a perceber seu crédito da forma deliberada em assembleia geral de credores, o que implica muitas vezes em parcelamentos longos ou mesmo no decote dos valores a eles devidos, tudo pela continuidade da atividade empresária. A redação do art. 50 da LRE mostra, em um rol exemplificativo, algumas das possibilidades de flexibilização que podem ser utilizadas no plano de recuperação judicial de empresas.

Ademais, necessário apontar os princípios norteadores da recuperação judicial de empresas, a saber: superação da crise econômico-financeira; manutenção da fonte produtora e preservação da empresa; manutenção dos empregos dos trabalhadores; tutela dos interesses dos credores; função social da empresa e o estímulo à atividade econômica (art. 47 da LRE).

Apesar de trazer de forma clara os princípios que devem reger a participação dos agentes envolvidos na recuperação, a LRE é “engessada” quanto à tomada de decisão pelo magistrado ao ser descumprido, pelo recuperando, o plano de recuperação nos seus primeiros dois anos, sendo mister trazer à discussão a redação do § 1º do art. 61 da Lei nº 11.101/05, abaixo:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará

a convação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei. (BRASIL, 2005).

A interpretação do §1º do art. 61 da Lei nº 11.105/05, como explanado, não é tarefa fácil, tendo em vista que seus consectários podem ser muito graves e atingir grande parcela da sociedade na qual a sociedade empresária está inserida. A aplicação responsável do dispositivo legal ora tratado é essencial, tendo em vista o objetivo do Legislador que não é o de recuperar do empresário, mas sim soerguer a atividade.

Ante toda a inovação trazida pela LRE, pautado nos princípios orientadores da norma é que se vê a necessidade de analisar os mecanismos interpretativos da situação tratada no § 1º do art. 61, que requer pronunciamento judicial de forma direta. Pela ótica teleológica, temos que partir da ideia de que todo documento legal tem um objetivo específico, e, é pautado na inteligência deste objetivo que se permite concluir pelo sentido daquele texto legal.

Os objetivos da LRF, de acordo com seu art. 47, e como bem tratados acima, em muitas situações podem ir de encontro à aplicação estrita do §1º do art. 61. De mesmo modo, tem-se que interpretando o dispositivo objeto deste artigo nas balizas da equidade é fácil perceber que sua aplicação inflexível pode promover a injustiça e ir na contramão do próprio fim da LRE. Por outro lado, as interpretações abertas e irrestritas das normas podem causar insegurança jurídica num sistema onde o positivismo é norteador.

Portanto, o cerne do presente artigo consiste, justamente, na resposta da seguinte pergunta: qual o mecanismo interpretativo ideal do disposto no § 1º do art. 61 da LRE, frente ao descumprimento de plano de recuperação nos dois primeiros anos a contar da publicação da decisão concessiva?

2 A variação interpretativa do § 1º do Artigo 61 da Lei nº 11.101/05 e a necessidade de observância aos critérios teleológico e equitativo no processo decisório

A inovadora Lei nº 11.101/05 pautou-se na proteção à continuidade da atividade empresária, pois entendeu-se que a empresa ou atividade empresária é de suma importância social, conforme ensina Daniel Moreira do Patrocínio:

No ano de 2005, a legislação falimentar brasileira adequou-se ao novo paradigma estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, em face do contido em seu artigo 47, mostrando-se o legislador inconformado com a simples satisfação dos interesses individuais dos credores da empresa em crise, evidenciando-se a tentativa de funcionalização da atividade negocial exercida pelo empresário devedor.⁴ É bem verdade que a recuperação pretendida pela nova lei é a da atividade empresarial e não, propriamente, a do empresário, razão pela qual a empresa poderá ser mantida em operação, ainda que conduzida por pessoa diversa. (PATROCÍNIO, 2014, p. 3).

O parágrafo 1º do art. 61 da Lei nº 11.101/05 dispõe sobre a convalidação da recuperação judicial em falência se, dentro de dois anos a contar do deferimento da recuperação judicial, o recuperando deixar de cumprir qualquer obrigação prevista no plano de recuperação, aprovado na Assembleia Geral de Credores – AGC.

Pode ocorrer, todavia, de o devedor não conseguir cumprir as obrigações que assumiu no plano dentro desse prazo de dois anos após a sua concessão, hipótese em que a LRE prevê, em seu art. 61, § 1º, a convalidação da recuperação judicial em falência: “durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convalidação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei”. Perceba-se que a convalidação da recuperação em falência só tem lugar quando o descumprimento se dá dentro do prazo de dois anos após a concessão da

recuperação. Se o descumprimento de alguma obrigação do plano ocorrer após esse prazo, não será o caso de convolar a recuperação em falência, mas de o credor interessado executar a dívida ou requerer a falência do devedor com base no art. 94, III, alínea g, da LRE. (RAMOS, 2011, p. 681).

Deveras, pela análise do trecho específico da lei, percebe-se que não há, em uma primeira análise, margem interpretativa ao magistrado quando de sua aplicação, transmitindo a ideia de que se houver qualquer descumprimento do plano, por mais irrelevante ou sanável que seja, convolar-se-á a recuperação judicial em falência. Temos de notar que há uma peculiaridade no caso, a convolação automática em falência só se dá em caso de descumprimento nos primeiros dois anos. A aplicação irrestrita ou tecnicista de um dispositivo traz como consectário lógico a segurança jurídica, contudo, o direito deve ser pensado e, nem sempre o tecnicismo se mostra adequado.

A diferença entre um juiz ativista e um juiz não ativista residiria, basicamente, em quão livre ou constricto o magistrado se sente no exercício da sua discricionariedade no momento da interpretação e aplicação do texto constitucional ou legal. Assim, a compreensão do ativismo judicial enquanto um ato discricionário. (ABBOUD; LUNELLI, 2015, p. 3).

Verifica-se que há precedentes que fundamentam o título deste artigo, considerando que há julgados com entendimentos diversos. A diversidade dos julgamentos atesta a variação da interpretação do §1º do art. 61 da LRE, havendo decisões baseadas tanto no tecnicismo quanto na opção pela flexibilização da sua aplicação. Para fundamentar a afirmação contida no parágrafo supra, foram analisados diversos acórdãos proferidos pelos Tribunais Pátrios, tendo maior peso no presente artigo as decisões proferidas nos Tribunais de Justiça de Minas Gerais e São Paulo. No que se refere à atuação mais rígida e tecnicista dos magistrados,

prezando pela aplicação do §1º do art. 61 da LRE, vale destacar as seguintes decisões abaixo representadas pelas respectivas ementas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO QUE HOMOLOGOU, COM RESSALVAS, O PLANO APROVADO EM ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES E CONCEDEU RECUPERAÇÃO JUDICIAL ÀS AGRAVADAS. DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR SOBERANA. ATUAÇÃO DO ÓRGÃO JURISDICIONAL QUE, EM REGRA, DEVE RESTRINGIR-SE AO CONTROLE DA LEGALIDADE DAS DISPOSIÇÕES DO PLANO. SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES AJUIZADAS CONTRA AS RECUPERANDAS NÃO ALCANÇA OS CRÉDITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS COOBRIGADOS. SÚMULA N. 581 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CLÁUSULA QUE CONDICIONOU A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO PLANO À CONVOCAÇÃO E DELIBERAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES. VIOLAÇÃO À DISPOSIÇÃO LEGAL. ARTIGOS 61 PARÁGRAFO PRIMEIRO E 73, INCISO IV, DA LEI 11.101/2005. DECISÃO MANTIDA NO PONTO. PERÍODO DE SUPERVISÃO JUDICIAL (2 ANOS) QUE DEVE CONTAR A PARTIR DA CONCESSÃO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO PROVIDO NO PONTO. ALIENAÇÃO DE ATIVOS. OBSERVÂNCIA DA REGRA CONTIDA NO ARTIGO 66 DA LFRE. MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRAZO PARA PAGAMENTO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS QUE DEVE CONTAR A PARTIR DO AJUIZAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 4006639-93.2018.8.24.0000, DE ITAJAÍ, REL. CLÁUDIO BARRETO DUTRA, QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL, J. 19-11-2020).;

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - HOMOLOGAÇÃO DE ADITIVO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CARÊNCIA PARA O INÍCIO DO PAGAMENTO AOS CREDORES - INEXISTÊNCIA DE PRAZO ESPECÍFICO - PRÉVIA CONVOCAÇÃO DA ASSEMBLEIA GERAL DE CREDORES PARA A DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA - DESNECESSIDADE - ART. 61, §1º, DA LEI Nº 11.101/05 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Lei nº 11.101/05, a qual regula a recuperação judicial, extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, não estabelece prazo de carência para o início do pagamento dos débitos da recuperanda, haja vista que o art. 61 apenas determina que o devedor permanecerá em recuperação judicial pelo prazo de 02 (dois) anos.

2. A cláusula acerca da necessidade de convocação prévia de nova Assembleia Geral de Credores, antes da decretação da falência, no caso de descumprimento de obrigação prevista no aditamento ao plano de recuperação judicial, padece de ilegalidade, não devendo ser homologada, uma vez que o art. 61, §1º, da Lei nº 11.101/05, define que, durante o prazo de 02 (dois) anos em que a empresa permanecer em recuperação judicial, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a decretação da falência.

3. Recurso parcialmente provido. (TJMG - Agravo de Instrumento-CV 1.0024.12.104879-7/015, RELATOR (A): DES (A) CORRÊA JUNIOR, 6ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 06/02/2018, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 19/02/2018);

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - CONVOLAÇÃO EM FALÊNCIA - ART.61, §1º E 73, IV, DA LEI N. 11.101/05 - AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- Nos termos dos artigos 61, §1º e 73, IV, da Lei n. 11.101/05, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no plano acarretará a convolação da recuperação judicial em falência. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0223.10.012019-3/002, RELATOR (A): DES (A) SILAS VIEIRA, 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 18/08/2011, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 26/08/2011);

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PLANO HOMOLOGADO - QUESTIONAMENTO JUDICIAL - EXCEPCIONALIDADE. 1 - "A assembleia de credores é soberana em suas decisões quanto aos planos de recuperação judicial. Contudo, as deliberações desse plano estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral, requisitos esses que estão

sujeitos a controle judicial." (REsp 1314209/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 01/06/2012)

2 - A invalidade parcial de cláusula em plano de recuperação judicial não compromete seu restante, se possível cindi-la.

3 - É nula a disposição que exige, em que pese já configurada a mora, que o pedido de convocação da recuperação judicial em falência formulado por credor passe pelo crivo da assembleia-geral.

4 - É nula a disposição, por afronta ao art. 61 da Lei 11.101/05, que possibilita o encerramento da recuperação judicial mediante aprovação da assembleia de credores antes do biênio legal, por violar direito de credores minoritários, bem como aquela que elastece o biênio legal, em que se verificará o cumprimento das obrigações, para quinze anos, por violar o princípio da preservação da empresa. (TJMG - AGRAVO DE INSTRUMENTO-CV 1.0024.12.101960-8/002, RELATOR (A): DES (A) JAIR VARÃO, 3ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/11/2015, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 25/11/2015).

Sobre a atuação prezando pela flexibilidade da aplicação da norma que ora se debate, impende embasar este artigo com os julgados postulados através das ementas a seguir insertas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PLANO DE RECUPERAÇÃO - HOMOLOGAÇÃO - LIMITES DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO - VIABILIDADE ECONÔMICA DO PLANO - INSINDICABILIDADE - ANÁLISE RESTRITA À LEGALIDADE DAS DELIBERAÇÕES - PERÍODO DE CARÊNCIA SUPERIOR AO PRAZO DO ART. 61, DA LEI 11.101/05 - DECISÃO MANTIDA.

- A deliberação da Assembleia de Credores acerca do plano de recuperação não é imune ao controle judicial. O resultado das deliberações, enquanto conjugação de atos jurídicos aglutinados, está sujeito à análise de legalidade, a que quaisquer manifestações de vontade podem ser submetidas.

- Escapa aos limites da atuação legítima do Poder Judiciário a análise do mérito das conclusões a que a Assembleia de Credores, enquanto órgão colegiado, chegou. - O art. 61, da LRE, estabelece o prazo improrrogável de dois anos para que a recuperanda se mantenha no processo de soerguimento. Durante este

período, qualquer descumprimento aos termos do plano resultará na conversão da recuperação em falência. (TJMG - AGRADO DE INSTRUMENTO-CV 1.0000.16.085514-4/001, RELATOR (A): DES (A) KILDARE CARVALHO, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 17/08/0017, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 21/08/2017);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Recuperação judicial. R. decisão agravada que convolou a recuperação judicial em falência. Início do biênio de supervisão que deve ser fixado não na data da homologação do plano/concessão da recuperação judicial, mas sim a partir do final do prazo de carência estabelecido. Resguardo da eficácia da fiscalização judicial. Precedentes. Fixação do biênio fiscalizador, de 15/2/2013 a 15/2/2015. Concedida oportunidade de realização de depósitos judiciais, antes não possibilitados pelo juízo de primeiro grau. Administrador judicial que opinou pela suficiência dos valores para a liquidação dos créditos vencidos no biênio. Ausência de impugnação específica por parte dos credores. Decreto de quebra afastado. Retomada da recuperação judicial. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido, com observações. (TJSP; AGRADO DE INSTRUMENTO 2178119-56.2017.8.26.0000; RELATOR (A): CARLOS DIAS MOTTA; ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL; FORO DE GUARULHOS - 8ª. VARA CÍVEL; DATA DO JULGAMENTO: 21/11/2018; DATA DE REGISTRO: 22/11/2018);

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Homologação do plano. Ausência de ilegalidade. Deságio de 80%. Abusividade não configurada. Prazo de carência de vinte e quatro meses para o pagamento do débito em doze anos. Tempo para reorganização da atividade produtiva. Recurso improvido. (TJSP; AGRADO DE INSTRUMENTO 2178688-91.2016.8.26.0000; RELATOR (A): HAMID BDINE; ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL; FORO DE SOROCABA - 1ª. VARA CÍVEL; DATA DO JULGAMENTO: 07/12/2016; DATA DE REGISTRO: 13/12/2016).

RECUPERAÇÃO JUDICIAL. Plano aprovado em assembleia de credores e homologado judicialmente. Alegação de ilegalidades e abusividades, em razão da previsão de atualização monetária pela TR mais juros de 0,5% ao mês,

carência de 18 meses, pagamento dos créditos em parcelas anuais e leilão reverso. Lei que atribui à assembleia de credores a aprovação, modificação ou rejeição do plano. Art. 35 I "a" LRF. Ausência de afronta à Constituição Federal, legislação infraconstitucional, boa-fé ou princípios gerais de direito. Viabilidade econômica do plano que foge do alcance de exame do Poder Judiciário. Enun. CJF 46. Recurso desprovido.

(TJSP; AGRAVO DE INSTRUMENTO 2054355-67.2016.8.26.0000; RELATOR (A): TEIXEIRA LEITE; ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL; FORO DE SUMARÉ - 3ª VARA CÍVEL; DATA DO JULGAMENTO: 13/07/2016; DATA DE REGISTRO: 19/07/2016).

Como bem sabido, os princípios são fontes do direito, desta forma, muitas vezes pautados do poder geral de cautela os magistrados decidem de forma a manter o trâmite da recuperação, mesmo ante a ocorrência de um descumprimento, ao passo que a convocação em falência de uma corporação passível de recuperação causa um prejuízo muito maior que o descumprimento do plano nos primeiros dois anos.

Superado este ponto, faz-se necessário lembrar que tratar de falência de uma empresa, não se limita em prejuízo aos empresários, as consequências chegam aos funcionários, que dali tiram seu sustento e dos seus familiares e até mesmo ao fisco, que deixa de arrecadar, isso sem contar as empresas que porventura prestem serviços ou forneçam produtos à empresa em recuperação. Ou seja, o impacto de uma falência é grande e, portanto, necessária a análise cuidadosa da aplicação do §1º do art. 61. Até porque, a recuperação judicial de uma empresa é pautada exclusivamente em direito privado e disponível, deste modo deve ser respeitada a autonomia de vontade das partes (credores e recuperando), o princípio da boa-fé objetiva, a soberania das decisões dos credores, incorporada pela aprovação, ou não, do PRJ na Assembleia Geral de Credores, além dos princípios norteadores da própria recuperação judicial. Outrossim, necessário apontar que a concessão de prazos especiais para

adimplemento das condições contratuais – o plano de recuperação judicial é essencialmente um contrato – encontra previsão na própria Lei nº 11.101/05, no seu art. 50, inciso I:

Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros:

I – concessão de prazos e condições especiais para pagamento das obrigações vencidas ou vincendas. (BRASIL, 2005).

Pela análise do §1 do art. 61 da LRE, bem como pelo inciso I do art. 50, acima esposado, percebe-se que há, de certa maneira, uma contradição cometida pelo Legislador, já que por um lado há a ampla possibilidade de definição dos prazos para adimplemento das obrigações, e, por outro, impõe-se a convação em falência ante mero descumprimento do plano, seja este sanável ou não, justificável ou não.

Sobre a concessão dos prazos e condições diferidas acima elencados, cabe destacar a decisão do Agravo de Instrumento sob o nº. 2178119-56.2017.8.26.0000, de lavra do Relator Carlos Dias Motta, que reformou a decisão de 1ª instância que decretou a falência da empresa, veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Recuperação judicial. R. decisão agravada que convolou a recuperação judicial em falência. Início do biênio de supervisão que deve ser fixado não na data da homologação do plano/concessão da recuperação judicial, mas sim a partir do final do prazo de carência estabelecido. Resguardo da eficácia da fiscalização judicial. Precedentes. Fixação do biênio fiscalizador, de 15/2/2013 a 15/2/2015. Concedida oportunidade de realização de depósitos judiciais, antes não possibilitados pelo juízo de primeiro grau. Administrador judicial que opinou pela suficiência dos valores para a liquidação dos créditos vencidos no biênio. Ausência de impugnação específica por parte dos credores. Decreto de quebra afastado. Retomada da recuperação judicial. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido, com observações. (TJSP; AGRAVO DE INSTRUMENTO 2178119-

56.2017.8.26.0000; RELATOR (A): CARLOS DIAS MOTTA; ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA RESERVADA DE DIREITO EMPRESARIAL; FORO DE GUARULHOS - 8ª. VARA CÍVEL; DATA DO JULGAMENTO: 21/11/2018; DATA DE REGISTRO: 22/11/2018).

A decisão acima demonstra flexibilização interpretativa do Relator quando da aplicação do que dispõe o §1º do art. 61 da LRE, e mais, explicita a interpretação equitativa, já que as especificidades do caso concreto foram observadas, tendo o recuperando cumprido com as obrigações que deveriam ser cumpridas até mesmo antes do termo final do prazo de carência adimplido pelos credores.

Ademais, a amplitude decisória por vezes acaba por desconsiderar o que preconiza o art. 47 da Lei de Recuperação e Falências, que prevê todos os fins aos quais a recuperação judicial e extrajudicial se propõe, e que constitui o próprio cerne da interpretação teleológica. A interpretação teleológica de uma norma toma por base o fim ou o propósito para o qual a Lei fora criada, advertindo que compreender este propósito é essencial para que se afirme o sentido do texto.

Como já tratado, quando os magistrados, utilizando-se do poder geral de tutela decidem de forma a manter o trâmite da recuperação, mesmo ante a ocorrência de um descumprimento, analisam teologicamente o texto legal. Ora, constituem-se princípios básicos da recuperação judicial aqueles elencados na lei:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica. (BRASIL, 2005).

Deste modo, tem-se que a aplicação tecnicista e inflexível do § 1º do art. 61 da LRF pode ir contrariamente ao fim a que se propõe a Lei. Ademais, por vezes a aplicação tecnicista pode acarretar solução injusta ao caso concreto, imagine: uma empresa com capacidade financeira para seu soerguimento que emprega 2.000 pessoas direta e indiretamente, acaba por descumprir um prazo para o pagamento de determinado credor, por falta de fluxo de caixa para fazê-lo naquele dia, ou seja, um descumprimento sanável, tomadas as devidas proporções de razoabilidade, é claro. Suponhamos então que 30 dias após o vencimento, estava prevista a entrada de valor capaz de possibilitar tal pagamento.

Ora, o prejuízo que o credor teria, qual seja, o atraso no recebimento em 30 dias, é muito menor que a convolação em falência da empresa, esta que acabará por desempregar 2.000 pessoas e conseqüentemente diminuirá a arrecadação fiscal, o que certamente prejudicaria a economia de toda a região onde está inserida. Para Mamede “A intervenção do Judiciário para permitir a recuperação da empresa, evitando sua falência – se for possível –, faz-se em reconhecimento da função social que as empresas desempenham”. (MAMEDE, 2019, p. 435).

Em atenção ao ensinamento acima, fica claro que o magistrado, quando da aplicação de qualquer que seja o dispositivo contido na LRF – especificamente o §1º do art. 61 – deve observar a função social da empresa, porquanto a convolação da recuperação judicial em falência, conforme amplamente debatido, acarreta em sérias conseqüências que passam pelos empresários, funcionários, a comunidade onde a atividade é exercida, o fisco e até mesmo os indiretamente envolvidos na atividade. Assim, percebe-se que, fácil é fazer uma análise interpretativa pela equidade, que consiste juntamente no receio de que aplicação inflexível ou irrestrita de uma norma cause solução injusta ao problema.

3. Considerações finais

Com base em tudo o que foi explanado, conclui-se que sempre há de se considerar o fim a que se propôs a Lei nº 11.101/05 quando da aplicação do §1º do art. 61, não sendo razoável que o tecnicismo supere o próprio objetivo legal. Ora, se os próprios objetivos da Lei de Recuperação de Empresas e Falência não forem observados, não há razão para existência desta Lei.

Assim, sempre após observar os critérios específicos da recuperação, quais sejam: a viabilidade econômica do plano, capacidade da empresa para se soerguer e a presença de condições que não penalizem o recuperando, mas sim possibilitem sua recuperação, torna-se imprescindível que a interpretação do §1º do art. 61 da LRF tome como parâmetros a teleologia e a equidade, já que o magistrado, ao observar o caso concreto, deve ponderar: os fins a que se prestam a Lei, o impacto causado pelo descumprimento e se a convolação em falência produz solução injusta ou inadequada à recuperação.

Balizado nestes três pilares, cabe ao julgador interpretar se naquele caso específico, convolar-se-á a recuperação judicial em falência ou manter-se-á a recuperação em curso, já que a quebra do empresário ocasiona consequências gravíssimas não só para si, como, também, para todos os envolvidos diretamente e indiretamente com a empresa exercida.

Ora, o mero descumprimento do plano, muitas vezes não ocasionaria prejuízo maior que o da convolação em falência. Portanto, infere-se que a aplicação do §1º do art. 61 da Lei nº 11.101/05, atendidos aos critérios atinentes ao caso concreto, deve partir de uma interpretação teleológica, equitativa e sempre baseada nos três axiomas ora desenvolvidos: os fins a que se prestam a Lei, o impacto causado pelo descumprimento e se a

convolação em falência produz solução injusta ou inadequada à recuperação.

O fim a que se propõe a LRF é justamente o de preservar a atividade empresária, não sendo razoável, portanto, a aplicação rígida do dispositivo em todos os casos, que possuem suas peculiaridades e devem ser analisadas sistematicamente, a fim de produzir um resultado justo tanto para o recuperando quanto para os demais envolvidos.

Referências

ABBOUD, Georges e LUNELLI, Guilherme. **Ativismo judicial e instrumentalidade do Processo**. Diálogos entre discricionariedade e democracia, Revistas dos Tribunais/Revista de Processo, volume 242/2015, páginas 21 - 47, 2015.

BRASIL. **Lei nº. 11.101/05, de 09 de fevereiro de 2005**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Seção 1, p. 1.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 4006639-93.2018.8.24.0000**. TJSC. Relator (a): Desembargador (a) Cláudio Barreto Dutra. DJ: 19/11/2020. TJSC, 2020. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAIAAOBAYAAR&categoria=acordao_5>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 1.0024.12.104879-7/015**. TJMG. Relator (a): Desembargador (a) Corrêa Junior. DJ: 19/02/2018. TJMG, 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F1DBB82A725258BDAC9FCEF1C3EE238F.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.104879-7%2F015&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 1.0223.10.012019-3/002**. TJMG. Relator (a): Desembargador (a) Silas Vieira. DJ: 26/08/2011. TJMG, 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=F1DBB82A725258BDAC9FCEF1C3EE238F.juri_node2?numeroRegistro>

o=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0223.10.012019-3%02F0o2&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 1.0024.12.101960-8/002.** TJMG. Relator (a): Desembargador (a) Jair Varão. DJ: 25/11/2015. TJMG, 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=F1DBB82A725258BDAC9FCEF1C3EE238F.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.12.101960-8%02F0o2&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 1.0000.16.085514-4/001.** TJMG. Relator (a): Desembargador (a) Kildare Carvalho. DJ: 21/08/2017. TJMG, 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=F1DBB82A725258BDAC9FCEF1C3EE238F.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.16.085514-4%02F0o1&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 2178688-91.2016.8.26.0000.** TJSP. Relator (a): Desembargador (a) Hamid Bdline. DJ: 13/12/2016. Tjisp, 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcordao=10060750&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_c819faf508aa4c5cbddd2270981a16e4&g-recaptcha-response=03AGdBq271VUux5F3NkG6v7nD7mvibygmfeOyKd2VTqamDVJCeycTRh8WTWgcAqYe60CRpROpfK9PIYCYttDZLXI5qe6fxdRwwwv5JR-8E_s4lQWfl_NoX4wyWZCh4fDuYs-_nsNZQJkbf_MAr_j9jcbj_oLZbdSrPPZ5r3mxkuxgAELGH1api3dtr2CFmZnVF86l8_J4h_oVq5Mh9e-e9qUnPv-GUm0St27M13VjvWeLI5j6k2CmotTC_1M2461YCMUz8cBTNbag2odrXuj_Kg1fYocSDQCuwNm_CgPSY7nMCXU_alUKZ3URN_u7UNftF6N8ZpwQ5uoOCjPvTH2LjdUVK17Cg6l7ysP1Bd5S63t9wyuv-Ub3RZaU1elU5pb1B4vWMx4SgA-p8FStfGAWIGHgfvLVigRGB32anuFQzWZf5ExZPMFtnF6sLWbBsgsXa_VKGQMM9lBD>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 2178119-56.2017.8.26.0000.** TJSP. Relator (a): Desembargador (a) Carlos Dias Motta. DJ: 22/11/2018. TJSP, 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12012855&cdForo=0>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento: 2054355-67.2016.8.26.0000**. TJSP. Relator (a): Desembargador (a) Teixeira Leite. DJ: 19/07/2016. TJSP, 2020. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9609018&cdForo=0>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. volume 3, 11^a edição, São Paulo, Saraiva, 2012.

GILBERTO, Cotrim; FERNANDES, Mirna. **Fundamentos de Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAMEDE, Gladston; **Manual de Direito Empresarial** – 13^o ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **Direito Empresarial**, 2^a edição, Belo Horizonte, Lúmen Juris, 2017.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. Os Princípios do processo de recuperação judicial de empresas. **Revista Magister Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor**. n. 56, abr./mai. 2014.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz, **Direito Empresarial Esquemático**, 4^a edição, página 681, São Paulo, Método, 2011.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dário. **História da Filosofia**: Filosofia pagã antiga. 4.ed. Vol.1. São Paulo: Paulus, 2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial: Falências e Recuperação de Empresas**, Volume 3, 5^a edição, São Paulo, Atlas, 2017.

VAZ, Janaína Campos Mesquita. **Recuperação Judicial de Empresas: Atuação do Juiz/ Janaína Mesquita Campos Vaz; Orientador Paulo Salvador Frontini**, São Paulo, 2015.

Capítulo 26

Prática abusiva da venda casada como pré-requisito para aprovação de crédito bancário

*André Vinícius Arcanjo Diniz Sousa
Rafael Marques e Souza
Allan Duarte Milagres Lopes*

1 Introdução

O projeto de pesquisa aborda um costume na prática bancária, tendo como finalidade explorar a vulnerabilidade do consumidor diante da imposição abusiva da “venda casada”. Trata-se de um exercício empresarial praticado de forma imprópria pelos fornecedores de serviços e produtos bancários, usando da informação e formação técnica de sua funcionalidade. Os fornecedores aproveitam da fragilidade do consumidor para condicionar determinado serviço e produto, retirando sua autonomia de propensão.

A prática considerada ilícita, tanto na doutrina quanto na legislação - que serão inseridos no texto - deverá ser averiguada pelo ordenamento jurídico, pois há um “estado de risco” nas contratações. Essa condição desfavorável enfraquece o sujeito mais exposto (consumidor), prejudicando na intenção de tomar certas decisões frente à instituição. Para compreender melhor a situação de vulnerabilidade do consumidor frente às práticas consideradas abusivas, observa-se que o Código de Defesa do Consumidor ratificou uma cautela especial no que se refere a prática ilícita conhecida popularmente como venda casada.

Por estar incluso nas práticas bancárias, será esclarecido o funcionamento dos contratos de adesão e qual sua finalidade frente ao fornecedor e ao contraente que celebra o determinado contrato. Através

da explicação do primordial instrumento da relação entre fornecedor e consumidor - contrato de adesão - iremos adentrar no arcabouço jurídico para que possamos entender como a parte frágil é resguardada, disciplinando-os no inciso art. 54, VI do Código de Defesa do Consumidor.

2 A obscuridade na prestação dos serviços bancários face à vulnerabilidade do consumidor

Nos dias que correm é indiscutível que a prática consumerista é uma realidade do nosso cotidiano, numa sociedade que vive e sobrevive através do consumo e do capitalismo a única condição é recorrer para os financiamentos, consignados e diversos serviços bancários que de certa forma solucionam os problemas financeiros de determinada parte da sociedade. Segundo Feitosa, Albuquerque e Paiva:

Nos tempos atuais, com as constantes modificações e facilidades junto ao mercado, é indiscutível que o consumo é uma realidade cotidiana, pois com razão já disse Almeida (2009, p. 1) “é verdadeira a afirmação de que todos nós somos consumidores”. Com o aquecimento do mercado econômico em uma sociedade movida pelo consumismo, destaca-se que um grande número de pessoas, que recorre aos financiamentos ou empréstimos para adquirir o bem desejado, ficando à mercê de aceitar qualquer oferta de serviços, mesmo que não almejada no momento. (FEITOSA; ALBUQUERQUE; PAIVA, 2017, p. 97).

A preferência pelos serviços bancários vem chamando atenção, pois há uma discrepância de informação entre fornecedor e consumidor nos contratos de adesão, ficando o consumidor à mercê de qualquer tipo de solução, mesmo sendo essa uma aquisição de produtos dispensáveis para aprovação do crédito bancário.

Neste enquadramento, concede-se um debate relacionado a prática abusiva da venda casada, como pré-requisito para aprovação do crédito bancário, aproveitando da fragilidade dos tomadores de produtos e

serviços, sabendo que grande parte da população não detém do saber monetário, tendo um déficit grandioso na alfabetização financeira.

É de suma importância levar em consideração que a autonomia privada não pode suceder a sua cobiça de lucrar em detrimento dos direitos fundamentais do consumidor, muito menos aproveitar do seu estado desamparado no instante em que busca um “socorro” na liberação do crédito financeiro.

A prática abusiva da venda casada acontece numa relação contratual entre duas partes: consumidor¹ e fornecedor². Desta forma num contrato de adesão que irá ser abordado ao longo do texto temos o sujeito vulnerável, sendo este o consumidor. Essa vulnerabilidade, acontece simplesmente quando ele (consumidor) adquire produtos e serviços ou apenas se expõe as práticas do mercado. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078 resguarda o direito da parte mais frágil no contrato de adesão, versa:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - Reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo. (BRASIL, 1990)

1 Art. 2º da lei 8078/90 (CDC): 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.

2 Art. 3º da lei 8078/90 (CDC): 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.

Bessa e Moura (2014, *apud* MORAES, 2009) dizem que vulnerabilidade, sob o aspecto jurídico, é o princípio pelo qual o sistema jurídico brasileiro reconhece a qualidade ou condição da pessoa mais fraca na relação de consumo, diante da possibilidade de que possam ser ofendidos, ludibriados ou feridos, na parte psíquica, tal como no âmbito econômico, através do sujeito que detém da técnica da mesma relação.

O consumidor, enquanto parte hipossuficiente, não consegue controlar os produtos ofertados no mercado consumerista. Assim, o adquirente aceita os bens e serviços oferecidos pelo fornecedor, restando à aceitação de sua condição de debilidade ou hipossuficiência frente às relações estabelecidas. Em decorrência da vulnerabilidade restam devidamente vedadas as práticas abusivas, não há escolhas ao adquirente. Quem dita as regras do jogo são os fornecedores (BESSA; MOURA, 2014).

Através da venda casada, sendo a prática abusiva que condiciona que um produto ou serviço “X” só pode ser adquirido e acompanhado (casado) caso o consumidor leve ou aceite o produto “Y”, obrigando-o levar duas coisas distintas, mesmo não querendo, o consumerista acaba saindo prejudicado economicamente, sendo que o fornecedor detém o controle de suas atividades praticando um ato ilícito no nosso ordenamento jurídico.

Trazendo de forma mais incisiva, pode-se ver no julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF - RECURSO INOMINADO: RI 07012537920158070003 a decisão sobre a prática abusiva e a fragilidade do consumidor:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. AQUISIÇÃO DE TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO E SEGURO DE VIDA. VENDA CASADA. 1? Preliminar. Ilegitimidade passiva. Asserção. O exame das condições da ação se dá com abstração dos fatos demonstrados no processo. Examinados as provas e argumentos o provimento é de mérito. Jurisprudência pacífica do STJ. Preliminar que se rejeita. 2? Venda casada.

Ilicitude. Constitui prática abusiva, e, portanto, ilícita, condicionar o fornecimento de um serviço ao fornecimento de outro (art. 39, inciso I do CDC). Nessa situação se enquadra a conduta do banco que exige a aquisição de título de capitalização e seguro de vida como condição para contratação de empréstimo ou renegociação de dívida (Acórdão n.662316, 20120110354978ACJ). Não se mostra razoável exigir do consumidor a contratação de capitalização em contrato de empréstimos, contratos estes que tem por objeto interesses econômicos do consumidor, em tese, são conflitantes. Devida, pois, a rescisão dos respectivos contratos, com a devolução dos valores despendidos. Sentença que se confirma pelos seus próprios fundamentos. 3? Recurso conhecido, mas não provido. Custas processuais pelo recorrente vencido. Sem honorários advocatícios ante a ausência de contrarrazões. (AgRg no AREsp 655283 / RJ 2015/0014428-8. Relator, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO).

Partindo deste reconhecimento de fragilidade, o tema preocupa salientar a incidência das práticas abusivas cometidas pelas instituições, que se aproveitam do uso discriminado dos contratos de adesão para impor as vendas casadas, sendo este contrato descrito claramente por Bessa e Moura:

O Código de Defesa do Consumidor define o contrato de adesão no caput do art. 54 com os seguintes dizeres: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Em regra, são documentos impressos, digitados, com um ou outro espaço em branco para ser preenchido com dados pessoais do consumidor. A inserção de uma ou outra disposição manuscrita não afeta a característica do contrato de adesão. O próprio § 1º do art. 54 esclarece: “A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato”.

É importante destacar que a lei não proíbe a utilização dos contratos de adesão nas relações de consumo. Entretanto, são estabelecidas as regras e procedimentos que, se descumpridos, zeram todo o valor jurídico da

contratação, permitem a aplicação de sanções administrativas pelos Procons e indenização (danos materiais e morais) do consumidor. (BESSA; MOURA, 2014, p. 210).

Pode-se dizer que o conhecimento técnico do fornecedor acaba ocasionando prejuízos futuros e a falta de liberdade de escolha do consumidor.

O ordenamento jurídico brasileiro colaciona inúmeras legislações que colaboram para afirmar direitos e garantias. Assim, as leis são aplicadas de forma conjunta para assinalar o bom cumprimento do direito de forma eficiente e justa.

Após calorosos debates sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, visando estabelecer uma relação de equilíbrio entre contratantes e contratados, com o objetivo de coibir abusos e garantir os direitos dos menos favorecidos, ainda assim é possível identificar a prática abusiva na hora de contratar determinado serviço ou produtos das instituições financeiras. Pode-se dizer que há uma grande discrepância de informação e com isso o consumidor deverá ser amparado pela legislação positivada. Assim explicam os autores Feitosa, Albuquerque e Paiva:

O consumidor na ânsia da obtenção de um crédito torna-se mais vulnerável a adesão de propostas de serviços, tipicamente conhecidas como “Venda Casada” que seria o ato de condicionar a compra de um produto ou serviço à aquisição de outro, sem necessidade técnica para isso. Em comum, todas essas situações inibem a liberdade de escolha do consumidor. Por isso, a venda casada é considerada um crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo. (FEITOSA; ALBUQUERQUE; PAIVA, 2017, p. 97).

A principal fonte de questionamento é o desequilíbrio entre fornecedor e consumidor através dos contratos de adesão, sendo esses sem transparência e com grande grau de complexidade, ficando ilusório o

entendimento da parte frágil. Não obstante, há uma grande reclamação do consumidor na cobrança de taxas indevidas e cláusulas abusivas na celebração de contratos de produtos ofertados, sendo “necessários” para que possam celebrar o acordo ofertado pelas instituições bancárias desrespeitando o CDC. Como citado, na forma de inibir e diminuir as práticas bancárias, sendo essas abusivas, Bessa e Moura demonstram que também há formas de solucionar o caso tratado no texto usando o ordenamento jurídico:

O CDC busca a harmonização das relações de consumo, o que demanda a garantia de manutenção de equilíbrio entre as partes desiguais. Assim, o ganho do fornecedor deve decorrer de razoável e justificado empenho incorporado no oferecimento regular do produto ou serviço, ficando preservada a liberdade de escolha do consumidor. O trabalho é o fruto de riquezas por excelência no mercado e o Direito se rege pelo princípio de proibição do enriquecimento sem causa (art. 884, 172 Código Civil), qual seja, de não reconhecer ganhos sem contrapartida proporcional, decorrentes de artifícios contrários à boa-fé do consumidor. Ao controlar as práticas abusivas no mercado, o CDC adota um critério bastante útil e eficiente que primeiro exemplifica uma série de condutas vedadas aos fornecedores e, em seguida, permite que os órgãos de proteção e defesa do consumidor qualifiquem qualquer outra prática do fornecedor que se dê mediante o exercício abusivo de direito como vedada. (BESSA; MOURA, 2014. p. 98).

Tais práticas abusivas serão analisadas para que possam ser evitadas, podendo a instrução e a precaução na hora das contratações serem um meio de evitar tal risco. De forma que a leitura dos contratos de adesão por inteiro, por parte do consumidor, poderá auxiliar no entendimento do que está sendo ofertado e contratado; saber o direito consumerista e como irá resguardá-lo facilita quando o consumidor se depara com as práticas desnecessárias do mercado financeiro.

Pode-se exigir de forma clara e precisa a transparência num contrato de adesão, pedindo a explicação de cláusulas inseridas apenas para resguardar às instituições bancárias e somente assiná-lo quando tiver obtido todas as informações necessárias.

Não obstante, o órgão fiscalizador que repudia a prática abusiva nos contratos de adesão, como o PROCON³, assim como o próprio Código de Defesa do Consumidor, deveriam agir de forma punitiva e educativa (além da letra da Lei), para que as instituições de crédito não pratiquem rotineiramente esse método, considerado rotineiro perante a sociedade.

3. Considerações finais

A finalidade do presente artigo é demonstrar que há uma discrepância de informação entre o consumidor e as instituições financeiras, que deve ser contornada e solucionada através das fiscalizações e da educação financeira.

Sendo que o déficit na alfabetização financeira é usado como forma de atos ilícitos, ludibriando os mais frágeis e favorecendo alguns detentores de formação técnica e que estão no mercado para obtenção de lucro, que em muitas das vezes ocorre com a conduta antiética da venda casada.

Como descrito brilhantemente por Bessa e Moura, “a vulnerabilidade é o ponto primordial do CDC e, na prática, resume-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a interferência colaboradora de órgãos ou ferramentas para sua proteção”. (BESSA; MOURA, 2014, p. 77). Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade transpõe, direta ou indiretamente, todos os aspectos da

³ O PROCON é um órgão da Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos e tem como objetivo informar, defender e orientar os consumidores na busca de solução para qualquer problema de consumo. Ao se sentir lesado, o consumidor deve fazer valer seus direitos.

proteção do consumidor, pois essa demonstra o quão diferente é o fornecedor para o consumidor em relação de formação técnica ou até mesmo informações básicas que norteiam o consumidor fragilizado.

Em breve apanhado histórico, é necessário ter noção que o modo econômico de produção de bens e serviços tem evoluído rapidamente, especialmente com os avanços tecnológicos, transformando de forma “fácil e rápida” os serviços ofertados. Antigamente os fornecedores de serviços tinham que se deslocar até os consumidores, tornando essa prática mais confiável e segura para a parte vulnerável da situação. Como a evolução é constante, basta um “clique” para contratar um serviço, podendo ser neste instante o erro do consumidor hipossuficiente, que ao invés de procurar saber mais o que está contratando, age por impulso e infelizmente é pego numa venda casada ou uma cláusula contratual que não o beneficia.

As práticas abusivas, são, na verdade, inúmeras estratégias e métodos adotados no ramo empresarial para alcançarem seus objetivos de lucro, aumentar as vendas e conquistar cada vez mais clientela, deixando de lado o respeito e a proteção do consumidor. (BESSA; MOURA, 2014, p. 171).

As práticas abusivas infelizmente se modificam a cada dia. Pode ocorrer até que práticas velhas no mercado sejam desviadas para outras finalidades, resultando em prejuízo ao consumidor. Elas ocorrem independentemente do valor do dano. Com efeito, lesões de pequeno valor, se reparadas no geral, dão a correta noção dos ganhos manifestamente abusivos dos fornecedores. Os fornecedores valem-se de recursos técnicos, detêm da informação que está passando ou ludibriando, laborados para atingirem vantagens que nem sempre são toleradas pelo consumidor

Com isso, essas práticas devem ser identificadas e observadas por órgãos competentes, exigindo desses órgãos de proteção e defesa do consumidor constante fiscalização e estudo das modificações do mercado

(art. 4º, incisos VI e VIII, CDC). Além do mais, o consumidor não tem condições nem experiência suficientes para distinguir se está ou não sendo lesado. (BESSA; MOURA, 2014, pág. 172).

Referências

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. **Superendividamento e seus efeitos sociais e econômicos para o consumidor e o empresário**: a necessidade premente de uma tutela jurídica específica para o problema. Publica Direito, Rio de Janeiro, 2015.

AZEVEDO, Marta Britto de. **O consumidor consciente**: liberdade de escolha e segurança. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.67, p.197-214, jul./set. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a crédito**: conversas com Citali Roviroso-Madraso. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. DIREITO DO CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO. AQUISIÇÃO DE TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO E SEGURO DE VIDA. VENDA CASADA - RI: 07012537920158070003, Relator: AISTON HENRIQUE DE SOUSA, Data de Julgamento: 08/03/2016, SEGUNDA TURMA RECURSAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 30/03/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer et. al. **Temas de direito civil-constitucional: da constitucionalização à humanização**, volume II, organizadores; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC, 2017. 261 p. Vários autores.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 336 p.

SILVA, Juliana Pereira da (Coord.) **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. 290 p

Capítulo 27

Uma releitura do potencial humano em William Shakespeare: a capacidade de compreensão do “ser” no contexto jurídico-literário

*Cristian Kiefer da Silva
Rafaela Oliveira Pontes*

1 Introdução

Nos últimos tempos os estudos na área de Direito e Literatura têm alcançado uma grande importância, principalmente aqueles que se atêm sobre a obra de William Shakespeare (1564-1616), dramaturgo inglês e mais renomado expoente do chamado “teatro elisabetano”, a maior expressão cultural da renascença inglesa e uma das mais aclamadas. Suas peças, que englobam tragédias e comédias, são extremamente representativas da realidade histórica da época, retratando por vezes situações onde se percebe uma crítica aos valores culturais vigentes ou sátiras de situações e personalidades, não só da Inglaterra elisabetana, mas de toda a Europa renascentista no auge do século XVI.

Na área de Direito e Literatura, porém, talvez a maior contribuição de Shakespeare foi demarcar no âmbito da sociedade inglesa da época a força que o aparelho jurídico possuía dentro de uma sociedade hierarquicamente estabilizada e a possibilidade de analisar os seus efeitos reguladores. Representativa de uma realidade social, a obra “*Romeo and Juliet*” de William Shakespeare, retrata com fidelidade muitos aspectos da prática jurídica. Contudo, tal produção literária apresenta-se como um elemento importante por trás das tragédias e comédias, demonstrando os interesses de classes e hierarquias no jogo do poder e sua manifestação em nível social, econômico, político e cultural.

Daí a ideia inicial de se analisar o Direito da época e a sua capacidade de atuar diretamente e de forma eficaz na contenção de conflitos e disputas sociais a partir do universo shakespeariano. A intenção seria mesmo a de analisar o Direito como garantia de pacificação e conciliação de pares em conflito na sociedade, à época do Renascimento, momento em que os padrões sócio-econômicos e culturais estavam em plena efervescência e a política mercantilista dava lugar ao já superado feudalismo medieval.

A escolha da obra *“Romeo and Juliet”* para esta análise se deu pelo fato de que a tragédia possui todos os elementos necessários à compreensão da atuação jurídica do Estado e sua capacidade de pacificar situações de conflito dentro da sociedade, como se pode observar na trágica história de amor dos dois jovens amantes, separados pelo clima de rivalidade e inimizade de suas famílias, mergulhadas em conflitos sangrentos causados por vinganças e disputas de ambas as partes. A presença do Estado, na figura do *Prince Escalus* (Príncipe Escalo), autoridade máxima da cidade de Verona e representante da Lei é bem visível na obra. Paralelo à figura centralizadora do poder estatal do *Prince Escalus* (Príncipe Escalo), também é evidenciado o papel conciliador da Igreja Católica, representado pela figura de *Friar Lawrence* (Frei Lourenço). Ambos os personagens se entrelaçam aos destinos de *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julieta) e são coparticipantes dos eventos que culminaram com a trágica morte dos dois jovens, mas em planos distintos: o Príncipe de Verona representando a ordem legal e *Friar Lawrence* (Frei Lourenço) representando a ordem moral. São os dois lados da mesma moeda, cujos interesses são os mesmos: preservar a paz e a ordem social em tempos conturbados.

Mais do que tentar explicar aqui as atitudes tomadas pelo Estado para se pôr um fim no conflito, a pesquisa tenta ir mais fundo, buscando entender e explicar as razões que motivaram os atos jurídicos narrados na

obra e o alcance de seus efeitos. Nesse contexto, a história da rivalidade entre os *Montague* (Montéquios) e os *Capulet* (Capuletos) na cidade italiana de Verona, torna-se o pano de fundo para uma realidade ainda maior, extensiva a toda sociedade da época. A sociedade de Verona de *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julietta) pode retratar tanto a sociedade inglesa quanto a italiana, país onde tradicionalmente as fontes que serviram de inspiração a Shakespeare situam o desenrolar da trama, bem como qualquer outra sociedade europeia na época do Renascimento.

Não se propõe, no entanto, liquidar o assunto acerca da temática proposta com a apresentação dos resultados, mas principalmente fomentar mais dados que possam embasar e servir como referencial para discussões futuras, delineadas pela proposta de analisar a expressão do Direito na Literatura.

2 Uma questão de autoria: o ser humano no imaginário shakespeariano

Nas palavras de Bárbara Heliodora, “se o bom teatro nos ajuda a melhor compreender o ser humano, William Shakespeare o faz como ninguém” (HELIODORA, 2008, p. 8). No entanto, nada parece fascinar mais Shakespeare que a abrangência do potencial humano, algo de destaque em seu imaginário intelectual. A capacidade de investigar e compreender a fundo os processos do ser humano (uma viagem pelo corpo e pela alma de seus personagens) revela sua tênue preocupação como indivíduo na perspectiva social.

Ainda que possamos tecer longos comentários acerca de seu estilo, o “bem da comunidade é o primeiro referencial de todas as obras teatrais shakespearianas, sejam elas comedidas, peças históricas ou tragédias” (HELIODORA, 2008, p. 8). Considerando essas observações, diante da grande quantidade de personagens retratados na obra “*Romeo and Juliet*”, diante de cada ação, cada atividade, Shakespeare nos alerta para o fato de

que o homem é também capaz de mais esta ou aquela ação ou emoção, sendo sempre responsável por suas ações, e que toda ação tem consequências, sejam elas favoráveis ou desfavoráveis.

A medida em que Shakespeare consegue expressar com bastante fluidez os embates trágicos na obra “*Romeo and Juliet*”, enaltecendo a disputa por legitimidade entre as duas famílias rivais, os *Capulet* (Capuleto) e os *Montague* (Montéquio), sua impecável forma poética e literária ia se consolidando. Todavia, a paixão sem limites pela humanidade é um contorno de sua realidade com imensa força, pois “nas mãos de um autor tão profundamente dramático e teatral, o verso se transforma em preciosa ferramenta de auxílio ao ator na execução de sua tarefa de interpretação, pois seguir o ritmo e a música do verso significa encontrar a essência do personagem e da situação” (HELIODORA, 2008, p. 9).

A projeção dos mundos possíveis em William Shakespeare é extraordinária, o que dizer então de sua próspera ascensão social, depois de uma infância, adolescência e juventude de muitos estudos e desafios. A maior prova desse sucesso é a literatura elegante e o teatro, elementos marcantes de sua história. Segundo Bárbara Heliodora:

Shakespeare nasceu em um período privilegiado para o teatro. A Renascença, que chega tarde à Inglaterra, as então recentes descobertas do Oriente e das Américas e tudo o que estava acontecendo na ciência e na tecnologia se transformaram em inquietações e curiosidades, e ao teatro coube o papel de satisfazê-las. O teatro, aliás, para o elisabetano, era a caixa mágica onde se podiam não só ver lindos espetáculos mas um pouco de cada coisa. Com fartas doses de imaginação, tinha-se ainda informações a respeito de lugares, fatos e fenômenos estranhos em que o fantástico, o quase miraculoso e o malévolos pululava. (HELIODORA, 2008, p. 9).

Embora Shakespeare expressasse os elementos essenciais da vida humana, comum a experiência de todos, tais como, amor, saudade, dor, honra, dignidade, desejo, decepção, juventude, velhice, morte e justiça, ele geralmente o fazia em termos familiares à sua plateia original. Seu grande diferencial foi abordar a “Grande Cadeia do Ser”, ou seja, tudo girava em torno das sociedades, das famílias e dos indivíduos, enquanto esses conheciam seus deveres e mantinham-se firmes em suas posições sociais. Mas de fato surge um questionamento: como os elizabetanos encaravam as grandes mudanças sociais? Para Laurie Rozakis “muitas pessoas se apegavam tenazmente aos tradicionais modos de interpretar o mundo e compreender seu lugar. Quanto mais o mundo parecia estar mergulhado no caos, mais os elizabetanos abraçavam aos antigos conceitos de ordem. A palavra-chave era hierarquia” (ROZAKIS, 2002, p. 19). De forma a sintetizar tal pensamento, afirma ainda que “os humanos estavam no topo da cadeia, acima de todas as criaturas” (ROZAKIS, 2002, p. 20).

Há um certo consenso em que o mundo estava em uma posição ordenada e racional, onde cada pessoa ocupava um degrau específico na escala social. As responsabilidades também dependiam de cada posição, pois cada um entendia e aceitava essa hierarquia, que era constantemente reforçada na vida diária. Essa ordem se estendeu a tudo e a todos no Universo. Cada elemento, criatura e ser espiritual ocupavam um lugar fixo no Universo. É, portanto, nesse espaço aberto para a conjugação de interpretações várias, além das teatrais, que o homem comum podia ouvir os comentários diretos e honestos sobre a vida. Na verdade, é isso que Shakespeare menciona com tamanha maestria ao assinalar que os atores são a “breve crônica dos tempos” (ROZAKIS, 2002, p. 28).

3 As referências incontestáveis de um período marcado pela ascensão intelectual: a importância do teatro como tempero da vida (o mundo é um palco)

Todo o inesgotável acervo empírico da obra “*Romeo and Juliet*” é potencialmente revelador. Conhecer os termos básicos referentes aos usos e costumes da época representa muito para a transformação do enredo em arte e a arte em realidade. Mas como Shakespeare fez isso? Ele uniu observações agudas sobre a condição humana a dramas psicológicos e a uma poesia admirável. A julgar-se pelo inestimável bom senso do dramaturgo, concluiu o escritor John Dryden, em 1668, que “de todos os poetas modernos, e talvez de todos os antigos, ele era o homem que possuía a alma mais generosa e compreensiva” (ROZAKIS, 2002, p. 46).

Contudo, entre as tantas inovações revolucionárias do alvorecer da economia de mercado de seu tempo, o *teatro* evoluiu e teve imenso impacto social. A primeira dessas tais condições foi devido à própria estrutura da sociedade. De forma brilhante e sábia, Shakespeare com o seu notável talento soube cercar-se do que havia de melhor nos anos do reinado de Elizabeth I, e ao longo de todo o período em que trabalhou pela consolidação e pelo progresso do reino, propiciou a ascensão intelectual da sociedade e o fascínio pela vida cênica.

De maneira assombrosa, a popularidade permanente do teatro e da obra “*Romeo and Juliet*” alcançaram uma intensidade mítica com notória justificação social. Mesmo sendo um homem do século XVII, a universalidade e contemporaneidade de Shakespeare são incontestes. Em virtude dessa dualidade temporal, não podemos dissociá-lo do contexto

1 O teatro, mais do que ser um local público onde se vê, é o lugar condensado das ambiguidades e paradoxos, onde as coisas são tomadas em mais de um sentido. Camargo assim o define: “O vocábulo grego *Théatron* (θέατρον) estabelece o lugar físico do espectador, ‘*lugar onde se vai para ver*’ e onde, simultaneamente, acontece o drama como seu complemento visto, real e imaginário. Assim, o representado no palco é imaginado de outras formas pela plateia. Toda reflexão que tenha o drama como objeto precisa se apoiar numa tríade teatral: *quem vê, o que se vê, e o imaginado*. O teatro é um fenômeno que existe nos espaços do presente e do imaginário, nos tempos individuais e coletivos que se formam neste espaço” (CAMARGO, 2005).

histórico de seu tempo, pois, segundo Antônio Cândido “as obras se articulam no tempo, de modo a se poder discernir uma certa determinação na maneira por que são produzidas e incorporadas ao patrimônio de uma civilização” (CÂNDIDO, 1981, p. 30).

Por sua vez, Shakespeare foi a figura chave na criação de um sistema de significados, valores e regras implícitas próprio para a Renascença que em última instância fez crescer os mercados mundiais. Sutilmente, no tocante à regulação do pujante teatro elisabetano, que cresceu com a energia e uma estima pública sem precedentes, tudo era tolerado em “*estado precário*” e estava sujeito ao controle das autoridades. Para Gustavo H. B. Franco e Henry W. Farnam, “O controle do governo sobre a atividade teatral era absolutamente total, a começar pela censura” (FRANCO; FARNAM, 2009, p. 58). Na verdade, em observância à letra da lei, toda e qualquer atividade teatral destinava-se exclusivamente ao entretenimento da corte, sendo que quaisquer outras apresentações precisavam ter autorização.

De qualquer modo, ao lado da ação humana, há, nos vários personagens que Shakespeare inspirou, um retrato comum de seu tempo (rei, príncipe, aristocratas, senhoras, criados, etc.). As cenas das peças do dramaturgo limitavam-se, em geral, à Europa e ao Mediterrâneo, ou ao que os antigos chamavam de mundo civilizado. A maioria das tramas também foi tirada de material já existente, seja da história antiga, da inglesa, seja de histórias de autores italianos ou de outra origem. No caso em especial, o desenrolar da tragédia em “*Romeo and Juliet*” teve como pano de fundo a cidade de Verona na Itália. De acordo com Barbara Heliodora, ao enaltecer a importância do mundo como um palco, assinala que “o segredo do teatro elisabetano foi ter aproveitado o melhor de dois mundos, misturando a ação do teatro popular e a forma do teatro romano” (HELIODORA, 2008, p. 13).

Sem teorias predeterminantes, em uma época na qual os profissionais do teatro mal começavam a ser aceitos como membros mais ou menos respeitáveis da sociedade, há mais documentação sobre a vida de Shakespeare do que sobre a de qualquer de seus contemporâneos de profissão. Induvidosamente, os grandes acontecimentos políticos, econômicos e culturais marcaram profundamente a vida do dramaturgo, principalmente quando passou a viver em Londres, onde fervilhavam intrigas tanto no poder quanto no teatro. De fato, é provável que o famoso temperamento gentil e cortês de Shakespeare lhe abrisse portas para o diálogo com toda espécie de gente, tanto na cidade como no campo. Na dramaturgia pré-shakespeariana, traço fundamental de sua literatura:

A rigidez da poesia e dos personagens fazia com que a grande escola da interpretação fosse marcada por gestos encontrados nos manuais de retórica. No entanto, com a verdade e a flexibilidade dos textos de Shakespeare, os atores teriam de abrir mão dos gestos exagerados e definidores e prestar mais atenção ao fluxo e ao conteúdo do que estava dizendo. (HELIODORA, 2008, p. 26).

Nesse sentido, o próprio Shakespeare evoluiu, e muito, em sua dramaturgia. Todavia, a sua maior riqueza está em criar personagens e se solidarizar com eles, utilizando como componentes de seu universo a aparência e realidade, a justiça e misericórdia, o bom e mau governo, a verdade do amor e o valor da amizade, a covardia, a traição, o egoísmo e a generosidade. Não se pode olvidar que Shakespeare conseguiu dar a seus leitores um espelho fiel dos costumes e da vida prática, prova secular de seu mérito literário e artístico. Seus personagens não são modificados pelos costumes locais em particular, estranhos ao resto do mundo; eles são a autêntica progenitura da humanidade comum, a qual o mundo irá sempre suprir, e a observação, sempre encontrar.

4 A análise reflexiva a respeito do comportamento humano: independência, dramaturgia e lirismo em “Romeo and Juliet”

Não é difícil identificar que Shakespeare deu tratamento diferente tanto às comédias como às peças históricas e às tragédias, mas uma coisa é certa, seus princípios eram válidos para todos os universos em que agiam seus personagens com os quais ele investigava determinado aspecto do comportamento humano. A pergunta é como ele havia feito isso e de que forma? Ora, de acordo com Bárbara Heliodora, “que Shakespeare o tenha feito da forma que o fez, é sorte nossa e do público elisabetano para o qual ele escreveu” (HELIODORA, 2008, p. 27). A variedade de gêneros, a linguagem, as imagens e a estrutura da sociedade eram aspectos significativos e marcantes para Shakespeare, haja vista ter vivido em uma época de grande orgulho nacional. Em “*Romeo and Juliet*” as confrontações são claras e tornam a obra do escritor inglês um marco universal atrativo para debates. O mais intrigante na tragédia é que o escritor deixa claro que toda ação humana tem consequências, e muitas das vezes, bem diferentes das esperadas.

Para refletir a respeito do comportamento humano, em alguns casos Shakespeare recorre à presença de algum tipo de perigo, como sofrimento, morte, misericórdia e discórdia para se aproximar da vida real. Uma leitura cuidadosa do aparato comportamental na obra “*Romeo and Juliet*”, contudo, revela em um primeiro rascunho das maiores tragédias, seu talento teatral incomparável. O diálogo em tom trágico inconfundível tem uma graça que nos ajuda a acreditar em todos os obstáculos e soluções possíveis. Nesse aspecto, toda a graça depende de informação e refinamento acima do exigido pelo corpo da obra, muito embora a ideia dessa especificidade tenha base na existência de várias referências a pessoas e fatos em um universo privilegiado.

Shakespeare, sábio escultor da natureza humana, aproveita tudo o que o ambiente lhe oferece, usando sempre seus personagens como porta-vozes da razão e da sensatez. Seus textos são elaborados com uma quantidade exagerada de jogos de palavras, muita rima e as famosas referências não identificáveis que emprestam à peça seu sabor especial. O aprendizado do universo especial em Shakespeare torna acessível a elegância de boa parte das falas e a complexidade da estrutura textual. A segura construção da tragédia shakespeariana mostra o autor já pleno senhor de seu ofício, com cada personagem claramente definido apenas pelo diálogo, ou seja, manipula níveis variados de aparência e realidade, com extrema personalidade autêntica e assumida.

O domínio do lirismo em Shakespeare é evidente em relação à língua como instrumento dramático e trágico. A evolução do autor é vista nas sutilezas ao desvelar os motivos e os sentimentos humanos nas mais variadas formas. Nenhuma outra peça ilustra tão bem a capacidade do dramaturgo de tornar a sua história a sua verdadeira fonte. Constata-se, pois, com dramaturgia e linguagem impecáveis, para não falar do memorável uso do palco elisabetano, *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julietta) é obviamente obra de um autor que já vive há seis ou oito anos em Londres, e as alterações que introduz na ação confirmam sua crença na interdependência do indivíduo com o quadro social e político em que vive. Os versos não perdem beleza rítmica e sonora, apenas procuram ser em maior grau a imagem da fala humana. Interessa ressaltar na obra o uso da língua ornada a princípio pelo tom conflituoso existente entre as duas famílias, os *Montague* (Montéquio) e os *Capulet* (Capuleto), frente à paixão que faz tanto *Romeo* (Romeu) quanto *Juliet* (Juliet) padecerem pelo ódio de seus pares rivais.

Como se vê, na obra, os amantes são vítimas do ódio e do descontentamento de ambas famílias rivais que não aceitavam a união do

casal por diversas razões, e não era só o príncipe que condenava as brigas e o mal que faziam à comunidade. Os chefes das duas famílias não se compraziam com os desfechos e tormentas idealizados naquela época, fato este que os conflitos na maioria das vezes trágicos eram conciliados e pacificados por *Escalus* (Escalo, Príncipe regente de Verona). O conflito entre o particular e o público, a relação entre Estado e Igreja, e o contraste de temperamento tornam a obra riquíssima e servida por uma linguagem que, em suas imagens, não para de remeter as ações à sua relação com as dimensões do poder em jogo. No caso, o poder não corrompe e não rende prazeres desmedidos, apenas intensifica a noção de seriedade da tarefa que cabe ao monarca.

5 Pontos de apoio norteadores para a compreensão do ser no contexto jurídico-literário

Magistralmente, Shakespeare deixou um legado fantástico, qual seja, entender o ser humano em suas fraquezas, forças, felicidades, gozos e angústias. Certa impressão não se trata apenas de entender o outro, mas a nós mesmos também. Quanto ao ser humano, conforme Néelson Jahr Garcia, Shakespeare nos ensina algo importante, senão fundamental: “o homem não é bom ou mau, apenas homem” (GARCIA, 2002). Na esteira do pensamento, como ficará evidenciado ao longo deste trabalho, o conhecimento tratado pela ciência jurídica não é um conhecimento autossuficiente, que se basta em si mesmo; ao contrário, de nada serviria o Direito se seus operadores não ousassem excursionarem-se nos demais continentes do saber.

Seria desnecessário dizer que essa simbiose não se restringe a um plano macroscópico do Direito e da Sociedade; ao revés, essa interação se dá, outrossim, tanto com os frutos do Direito como os frutos da Sociedade, pois, onde está a Sociedade está o Direito e vice versa. Todavia, essa

integração reflete e cria mecanismos de interação entre a Cultura, a Arte, a História, a Literatura e o Direito. De acordo com o jusfilósofo belga François Ost, ao tratar a Literatura como fonte do imaginário jurídico, este lembra que "a Literatura não é alheia às normas e às formas instituídas" (OST, 2005, p. 20), pois, mesmo ao fazer o registro de um personagem individualmente, o alcance de sua percepção das nuances da Sociedade (inclusive de seu Direito vigente) pode tomar proporções coletivas ou mesmo universais.

Embora considerando o declínio do positivismo jurídico e, sobretudo, os desafios colocados pelo século XXI, repensar o Direito é o desafio que se impõe, atualmente, aos juristas. E, dentre as inúmeras e mais variadas alternativas que se apresentam, o estudo do Direito e Literatura adquire especial relevância. De um modo geral, a interdisciplinaridade neste aspecto alcança posição de destaque na medida em que se baseia no cruzamento dos caminhos do Direito com as demais áreas do conhecimento, fundando um espaço crítico por excelência, através do qual seja possível questionar os pressupostos, os fundamentos, a legitimidade, o funcionamento e a efetividade.

Vê-se, portanto, que a possibilidade da aproximação dos campos jurídico e literário favorece ao Direito assimilar a capacidade criadora, crítica e inovadora da Literatura e, assim, superar as barreiras colocadas pelo sentido comum teórico, bem como reconhecer a importância do caráter constitutivo da linguagem, destacando-se os paradigmas da intersubjetividade e da intertextualidade. Logo, a tarefa de compatibilizar o estudo do Direito e Literatura, seja do Direito contado na Literatura, seja do Direito entendido como narrativa, em que pese o considerável prestígio, o espaço conquistado e a importância verificada, ao longo do século XX, junto às faculdades, programas, departamentos, cursos, centros e institutos de pesquisa norte-americanos e europeus, é uma prática

pedagógica ainda pouco comum na cultura jurídico-literária brasileira e latino-americana, mas que tem se destacado pelo grande casuísmo e resultados.

Por aí já se pode inferir que as interfaces existentes entre o Direito e a Literatura, a partir da análise de obras literárias, possibilitando a abertura de um novo campo para a realização de estudos e pesquisas jurídicas apresentam-se como um diferencial para a análise da realidade social. As soluções são demarcadas, em importância pelo ponto de partida do reconhecimento do problema, relacionando-se o sistema jurídico e a realidade social, de modo que o aprimoramento dos instrumentos e procedimentos utilizados possa transcender reformas e o aperfeiçoamento efetivo de tais expectativas.

A difusão do conhecimento jurídico-literário, mediante o esforço e o diálogo entre as comunidades acadêmicas do Direito e da Literatura representa um passo importante na reflexão acerca da capacidade da narrativa literária auxiliar os juristas na árdua tarefa de desvelar, através da ficção, a realidade social e jurídica. Novas soluções precisam ser desenhadas na estrutura da sociedade com o reconhecimento oficial da solução de conflitos na amplitude desejada pela esfera jurídica. Essa amplitude é no sentido de promoção do Direito através da Literatura não só pela solução de conflitos, mas também pelo desenvolvimento da capacidade de reconhecer direitos e promover suas garantias. Sendo assim, é preciso conscientizar-se da existência de outras formas possíveis de dizer a respeito do Direito no aspecto decisório, que possam compor o conjunto de métodos de resolução de conflitos, sendo no caso retratado, pela obra shakespeariana.

Pelo exposto, pode-se seguramente inferir que o papel do Direito e Literatura são essenciais para a afirmação e compreensão do ser no contexto jurídico-literário. Do mesmo modo, ambos possibilitam

desvencilhar-se de qualquer manipulação e dominação que levem à submissão de um ser humano aos interesses dos outros. A mentalidade inspiradora de Shakespeare na obra *“Romeo and Juliet”* revela que a busca pela resolução de conflitos individuais e sociais, demarcam a evolução dos tempos, das sociedades, confundindo, em alguns momentos, com as próprias causas e fins de transformações político-sociais que são historicamente importantes.

É possível, não se tratando de mera coincidência, encontrar traços juridicamente marcantes nas peças teatrais de William Shakespeare. Neste passo, partindo da premissa fundamental de que o Direito é produto social, assim como as Artes, é possível que o Direito se origine de qualquer fato social, inclusive se este fato se encontrar em prosa, em verso ou ainda no texto de alguma peça teatral. Contudo, mesmo com a sociedade inglesa e as suas leis, Shakespeare secularizou o teatro, humanizou o ser e dotou seus personagens de características e sentimentos tão nobres e marcantes como qualquer outro. Às vezes, os personagens têm importância para terceiros; porém em última análise, sempre têm importância para si mesmos. Admiravelmente, como ele próprio apreendeu, o valor de um personagem é conferido por outros, ou através de outros, tudo movido pela esperança de cativar. Neste passo, a impressão que Shakespeare faz do humano é inigualável, apesar da noção prevalente desde aquela época, de que os homens, mulheres e crianças, de certo modo, são mais naturais do que outros personagens dramáticos e literários.

Jamais se esgotará a perspectiva plausível de análise do ser no universo shakespeariano, pois a grandeza e o desprendimento do personagem na busca por novos ângulos interpretativos, mais do que, meramente incorporá-lo à natureza, fazem-no com esta se confundir. No entanto, conclui-se que Shakespeare compreendeu como nenhum outro dramaturgo a essência do ser, sendo um conhecedor aprofundado da tão

complexa natureza humana. Sua genialidade inconfundível a respeito do fantástico mundo do ser é expressada na obra Hamlet por Robert Hapgood, onde é possível visualizar “Que obra de arte é o homem: tão nobre no raciocínio; tão vário na capacidade; em forma e movimento, tão preciso e admirável, na ação é como um anjo; no entendimento é como um Deus; a beleza do mundo; o exemplo dos animais”. (Trecho da obra: Hamlet, de William Shakespeare). (HAPGOOD, 1999).

6 O universalismo shakespeariano: uma tragédia autêntica na visão do direito

Em Shakespeare, a capacidade inquietante de atravessar os obscuros labirintos da mente humana, desnudando paixões, iluminando desejos e apontando os grandes fantasmas que perseguem o homem são claramente marcantes. É justamente por isso que Harold Bloom (2001) o identifica como o “inventor do humano”. A audaciosa intelectualidade de Shakespeare vem desafiando estudiosos ao longo dos anos, isto porque, através de sua obra “*Romeo and Juliet*”, o dramaturgo não apenas representou, mas efetivamente inventou o homem. Na verdade, a capacidade de evolução por uma relação consigo mesmo, e não com Deus ou deuses, a habilidade em mergulhar na difícil e desafiadora viagem do autoconhecimento pela reflexão têm profundamente revelado a incontestável riqueza de seu mundo criativo. A invenção do humano é para ele um exercício infinito que nunca se esgota, prescindindo sempre, conforme afirma Harold Bloom (2001), de um “processo claro de descoberta do ser”.

De fato, compreende-se que o universalismo shakespeariano é uma circunferência que a tudo abrange, ou melhor dizendo, é o centro de uma intervenção sobrenatural direta. A noção essencial de universalismo é muito complexa, global e multicultural, porém não seria possível conceber

Shakespeare sem encontrar um meio de explicar sua presença ubíqua, nos contextos mais improváveis: ao mesmo tempo, aqui, lá, em todo lugar. Tal visão remete a uma constelação e a uma aurora boreal visível em um ponto de percepção que a maioria de nós jamais conseguirá alcançar.

A representação da natureza e da personalidade humana sempre há de encerrar um valor literário maior, seja no teatro, na poesia lírica ou na narrativa em prosa. Os vitalistas heroicos não transcendem a vida; são a grandeza da vida. Shakespeare, que em seu cotidiano parece não ter realizado gestos heroicos ou vitalísticos, criou *Romeo* (Romeo) e *Juliet* (Julieta) como tributos da arte à natureza. Mais do que outros prodígios shakespearianos, constituem a invenção do humano, ou melhor dizendo, a instauração da personalidade conforme hoje a conhecemos.

Ora, a ideia do personagem, do ser como agente moral, têm diversas origens, mas a personalidade, no sentido aqui proposto é uma invenção shakespeariana, e tal feito constitui não apenas a grande originalidade do dramaturgo, mas, também, a razão maior de sua perene presença. Shakespeare foi além de todos os precedentes e inventou o ser humano à medida de todas as coisas, valorizando eminentemente a imagem do ser de forma tão sublime e exuberante. Conforme nos ensina Harold Bloom:

Shakespeare cria maneiras diversas de representar a mudança no ser humano, alterações essas provocadas não apenas por falhas de caráter ou por corrupção, mas também pela vontade própria, pela vulnerabilidade temporal da vontade. (BLOOM, 2001, p. 26).

Neste sentido, tendo em vista os caracteres fáticos e descritivos da personalidade elencados, ao se abrandar a questão da tragédia (a morte dos dois amantes) no final da obra "*Romeo and Juliet*", cabe aqui destacar que tanto *Romeo* (Romeo) quanto *Juliet* (Julieta) são os principais

personagens graças à excepcional capacidade de Shakespeare em representá-los além das explicações.

Com efeito, pode parecer estranho que o dramaturgo reserve para as duas maiores personalidades, *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julieta), por ele próprio criadas o oxímoro da “boa morte”, mas que outra expressão poderíamos empregar? Por que seus personagens parecem tão reais, e como ele conseguia criar tal ilusão de modo tão convincente? As considerações históricas ou historicizadas não nos ajudam muito a responder essas perguntas. O certo é que, os ideais tanto da sociedade como do indivíduo, eram, talvez, mais importantes no mundo de Shakespeare do que em qualquer outro lugar. É difícil descrever os métodos de representação na obra sem recorrer a *oxímoros*, uma vez que a maioria desses métodos se baseia em contradições aparentes. Em última análise, destaca-se que o dramaturgo é sábio demais para se ater a uma só crença, e, embora, dê a impressão de tudo saber, celebra a vida, indo além da tragédia.

7 Homem ou personagem: produto das circunstâncias?

A capacidade de criar formas mais reais quer seres humanos vivos não parece ser resultado de uma perplexidade entre o conhecimento pessoal e ideal. Ao ler as peças escritas por Shakespeare e, até certo ponto, ao assistir a encenações, o procedimento mais sensato é deixar-se levar pelo texto e pelos personagens, e permitir uma recepção que possa se distanciar daquilo que é lido, ouvido e visto, de maneira a incluir quaisquer contextos relevantes. Neste aspecto, nos alerta Harold Bloom na obra “*Romeo and Juliet*”, que “a dor é a origem primeira da memória humana” (BLOOM, 2001, p. 36). Procurando sempre edificar a figura do ser humano, não como um produto das circunstâncias, mas como a de um ser consciente, o dramaturgo superou todos os seus preceptores.

Não é por mera ilusão e coincidência que os espectadores encontram mais vitalidade nas palavras de Shakespeare e nos personagens do que em qualquer outro autor. Tentativas de historicizar o impacto teatral por ele causado continuam a fracassar diante da singularidade de sua grandeza. As críticas que apenas seguem modismos não convencem, pois, no fundo, pretendem tão-somente diminuir e distorcer a realidade social. Tal desmistificação ser torna uma técnica inócua, se aplicada a um escritor que alcançou a própria autenticidade, exclusivamente, ao representar terceiros.

A ambivalência primordial, seja entre a vida e a morte e o amor e o ódio, está no cerne de Shakespeare, tendo sido surpreendentemente por ele próprio inventada. A dor memorável, ou a memória induzida pela dor, emana de uma ambivalência, ao mesmo tempo cognitiva e afetiva, prontamente engendrada por *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julieta) na obra. Personagem e peça misturam-se e dissolvem-se, e tudo o que resta é analisar a contumaz força do “deixa estar” e “deixa ser”. Em um sentido bastante real, na verdade, esses são os significados realçados na obra, pois a suposta “política” de tais indivíduos reflete a paixão dos personagens shakespearianos.

Os personagens shakespearianos são “repletos de vida” e dotados de um conjunto impresso de sinais sobre uma página. Em termos práticos, há pouca diferença entre o “personagem” e o “papel”, haja vista tais atribuições serem tão factuais quanto a impressão de que alguns personagens reforçam a concepção de pessoa, e outros não conseguem fazê-lo. Todavia, interessante destacar o fato de se estudar a perene supremacia do dramaturgo partindo da noção de que o mesmo é universalmente considerado o autor que melhor representou o universo concreto. Muito se deve a Shakespeare por isso, ainda mais sustentando a

ideia de criação autêntica de seus personagens, uma tentativa de reinvenção do próprio ser humano.

8 Proposições fundamentais para uma observação de primeiro grau a partir do diferencial shakespeariano

Induvidosamente, com o passar dos tempos, a obra “*Romeo and Juliet*” de Shakespeare teve grande influência e repercussão universal, tendo em vista principalmente sua ascensão social e intelectual, deixando de ser um cânone ocidental para se tornar uma figura central e expressiva do cânone mundial. Quanto à observação de questões essenciais, a palidez estudada do poeta pode ter sido uma de suas tantas máscaras, algo que lhe garantisse autonomia, controle, liberdade e originalidade tão vastas que, não apenas os contemporâneos, mas os predecessores e sucessores foram por ele bastante ofuscados. Porém, as realizações da literatura mundial, mais especificamente as tragédias de Shakespeare permanecem intactas, revelando a extraordinária fertilidade de seu gênio.

Por mais “obscuras” que sejam as impressões de suas obras, todas advêm da multiplicidade de sentidos que parece estar sendo comprimida em palavras ou frases. Com muita perspicácia, seu grande diferencial, todavia, está na capacidade de introduzir em suas tragédias elementos sobrenaturais que contribuem para a ação, ou mesmo são indispensáveis a ela. Particularmente, a profundidade ímpar dos conflitos entre pares rivais na tragédia “*Romeo and Juliet*” apresenta-se como um marco pedagógico para o estudo do Direito. Embora *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julieta) seja um triunfo do lirismo dramático, o desfecho trágico ofusca os demais aspectos da narrativa, deixando entrever conjecturas com relação à eventual responsabilidade dos jovens amantes em relação à catástrofe.

Sendo assim, aventa-se a hipótese de que Shakespeare tenha-se interessado por peças desse tipo depois de explorar largamente as paixões

fatais dos homens, buscando explorar temas complementares, que apontassem para algum tipo de reconciliação ou restauração. Daí porque são necessários esforços analíticos maiores para se interpretar a abordagem de suas perspectivas e colocar em primeiro plano o personagem em contraste com a realidade.

9 O ativismo sociocultural e os aspectos partilháveis do ser humano na história: por que Shakespeare?

Certamente, a densidade e a riqueza imaginativa da obra de Shakespeare podem explicar o fato de que cada geração volta a descobrir e a confirmar essas qualidades, e, ao fazer isso, descobre a si própria. Nesse sentido, pode-se dizer que, sem ter escrito filosofia no sentido estrito, Shakespeare foi um pensador às voltas com os problemas fundamentais e aspectos eternamente partilháveis do ser humano. Sua obra *“Romeo and Juliet”* é a expressão mais acabada do Renascimento, incorporando tenazmente as tensões da época. Com certo rigor, proporciona uma visão de mundo em particular, apresentando diversas passagens, às vezes mutuamente ambíguas, mas devido a autenticidade, extraordinariamente inconfundíveis.

Paralelamente a isso, Shakespeare se revela um verdadeiro e supremo artista “impessoal”, onde sua pujante “impessoalidade” embasa um valor literário expressivo, referindo basicamente à faculdade de apresentar uma visão de mundo não mediada por algum comprometimento declarado de ordem moral ou religiosa. Em razão da notoriedade, nenhum outro autor até então empreendeu um exame tão aprofundado das relações de poder em sua época, e de sua obra podemos extrair várias tendências sociais, políticas, ideológicas e normativas. Graças a essa unanimidade literária em tom universalizante, Shakespeare

logrou êxito e explorou todas as situações dramáticas possíveis, retratando todas as formas de relacionamento entre as pessoas.

O ativismo sociocultural na obra é identificado como um conjunto de ações humanas, sejam intencionais ou inintencionais, que transformam um determinado contexto da história em realidade. Conforme ensina Michel Foucault:

Quando se faz história - história das ideias, do conhecimento ou simplesmente história - atemo-nos a esse sujeito de conhecimento, a este sujeito da representação, como ponto de origem a partir do qual o conhecimento é possível e a verdade aparece. Seria interessante tentar ver como se dá, através da história, a constituição de um sujeito que não é dado definitivamente, que não é aquilo a partir do que a verdade se dá na história, e que é a cada instante fundado e refundado pela história. É na direção desta crítica radical do sujeito humano pela história que devemos nos dirigir. (FOUCAULT, 2005, p. 10).

O ponto de partida da reflexão metodológica analisada por Michel Foucault considera a ideia de que o tempo e o espaço podem preexistir ao conhecimento. Assim, seu objetivo é mostrar:

[...] como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento. O próprio sujeito de conhecimento tem uma história, a relação do sujeito com o objeto, ou mais claramente, a própria verdade tem uma história. (FOUCAULT, 2005, p. 8).

Entretanto, tem-se que a verdade ser forma na história onde um certo número de regras do jogo são definidas. Muito curiosamente, Michel Foucault (2005) argumenta que alguns esboços desta história a partir das práticas judiciárias de onde nasceram os modelos de verdade que circulam ainda em nossa sociedade, se impõem ainda a ela e valem não somente no

domínio da política, no domínio do comportamento, mas até na ordem da ciência.

Ora, por que Shakespeare então nos ajudou a estabelecer as bases teóricas para a compreensão de uma realidade desde suas estruturas mais profundas até a emergência de um sujeito a representar-se nos palcos e a fazer vibrar nas mentes e nos corações do público novas metas para a expressão humana? A resposta é simples. Não apenas criador de personalidades como também de linguagem, Shakespeare, por assim dizer, desmancha e remodela a representação do ser, através da linguagem e na linguagem. Ele não deve ter pretendido fazer de seus personagens e público filhos seus, mas o fato é que o dramaturgo gerou o futuro, e não apenas o futuro do teatro, nem mesmo apenas o da literatura, mas uma forma de observar a realidade procurando pensar os acontecimentos além de sua própria aparência imediata.

O estudo sobre Direito e Literatura tomando como parâmetro de análise as obras de Shakespeare, mais especificamente *“Romeo and Juliet”*, deve se basear nessa premissa de que seu discurso e a ilustração da tragédia ambientada na cidade de Verona/Itália refletem as tendências politizantes no século XVI, na qual a lei, utilizada como instrumento de ordenação social em períodos de crise, preconiza as possibilidades de progresso viabilizadas pelo Renascimento, em oposição ao Feudalismo, processo este que simboliza a Inglaterra e sua consolidação como potência na era elisabetana.

10. Considerações finais

Contudo, analisando o movimento teatral e seus reflexos no período elisabetano, chega-se à conclusão que a preocupação maior de Shakespeare passa a ser a segurança jurídica, a despeito do conteúdo que ela realize. A justiça, em linhas gerais, afastada de seus preceitos

substanciais, é identificada, pois, como a força capaz de garantir o cumprimento da lei ou do pacto protegido pela lei. Todavia, em razão disso, ter a oportunidade de conhecer a história de *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julietta) na perspectiva do Direito e Literatura, é uma tarefa pretensamente valiosa.

Em outros termos, fica evidente que o dramaturgo constrói um texto performativo, no qual os elementos constitutivos, tais como convenções, regras, elementos formais e as próprias palavras formam vozes de um complexo argumento que lhe permitiram interrogar os padrões de sua cultura e questionar as atitudes propulsoras de seu tempo. O percurso shakespeariano não é o do regresso, mas o da reconstrução de valores e de ideias, apoiada na expectativa e na esperança do novo, como caminho para lidar com a ruptura e afirmar a paz e a ordem.

Pois bem, se o homem só pode desenvolver suas potencialidades racionais e éticas através da vida em sociedade, é inegável que a sua realização plena depende da construção democrática e da observância de normas de comportamento, sem as quais a vida em sociedade não seria possível. De acordo com Ronald Dworkin, assim como a interpretação literária pode nos revelar qual é a melhor obra de arte, no Direito também é possível buscar uma interpretação que seja a mais adequada. Na obra, esta vinculação ao tema pode ser traduzida pela ideia de justiça shakespeariana não como uma construção pública da igualdade (análise da cidadania como o direito a ter direito), mas sim como proporcionalidade e partilha.

Por este viés, é possível perceber da narrativa shakespeariana que uma sociedade autônoma, vale dizer, não alienada de si mesma, é aquela em que suas regras estão permanentemente em questão; onde, em outras palavras, a ordem está em questão. Sempre que se garanta esta possibilidade, mesmo diante dos mecanismos conhecidos de apropriação

privada e excludente do poder e das riquezas, é sabido que estes mesmos mecanismos estarão sob uma oposição de direito. O Estado democrático de direito, entretanto, ultrapassa esta condição por experimentar direitos que ainda não lhe estão formalmente incorporados. Afinal, qualquer ação humana de edificação deve se tornar um consciente e simultâneo ato de autodeterminação, pois, caso contrário, o mecanismo da guerra civil estaria sempre engatilhado contra qualquer possibilidade de forma estável de vida social.

Em Shakespeare, o que se deve reconhecer é que os personagens somente desenvolvem as suas virtualidades como pessoas, isto é, de homens capazes, quando vivem em sociedade. É preciso não esquecer que as qualidades eminentes e próprias do ser humano no contexto literário, tais como a razão, a capacidade de criação estética e o amor, são essencialmente vinculantes. A substância da natureza humana é histórica, isto é, vive em perpétua transformação, pela memória do passado e o projeto do futuro. A especificidade da condição humana, aliás, não se esgota na mera transformação do mundo circunstancial, com a acumulação da “cultura objetiva”, mas compreende também uma alteração essencial do próprio sujeito histórico.

Nesse sentido, a questão da obediência à lei não se resolve pela força, como afirma a tradição, mas sim pela opinião e pelo número daqueles que compartilham o curso comum de ação expresso no comando legal. Em síntese, a pergunta essencial não é por que obedece à lei, mas porque se apoia a lei, obedecendo-a. Na obra *“Romeo and Juliet”*, o Príncipe de Verona (Escalo) é a autoridade soberana que busca estabelecer uma escala de harmonia nas coisas do governo de forma a evitar que seu principado se perca em guerras civis. Para tanto, é fundamental que as duas principais famílias de Verona/Itália, abaixo da autoridade principesca e, portanto, intermediárias de seu poder, cessem as suas guerras. Não se pode, por

outro lado, negligenciar o papel da Igreja e dos frades da época na conciliação das famílias, que era realmente efetivo.

Na verdade, de instituição máxima da lei e de protetor de todos os habitantes de seu território, o Estado legitimado em Shakespeare se torna instrumento da sociedade e tem de priorizar os seus interesses, visto que o Direito passa a ser o que é bom para a comunidade. Em contrapartida, o Direito pode ser lido e visto na sua dinâmica social, contemplado nos aspectos literários, nas narrativas e nas descrições de condutas sociais de uma determinada época ou período histórico e pode, também neste sentido, reintroduzir-se no seio social, muitas vezes, refletido e reavaliado.

Por fim, a interação obra/leitor não pode ser desvinculada do devir histórico em que está inserida, uma vez que se anularia a natureza dialética que a caracteriza, pois a leitura do texto literário constitui uma atividade sintetizadora, na medida em que permite ao indivíduo penetrar o âmbito da alteridade, sem perder de vista sua subjetividade e história. O amor trágico e desmedido de *Romeo* (Romeu) e *Juliet* (Julieta) parece instaurar um arquétipo de um amor ideal, muitas vezes, distante das experiências afetivas cotidianamente experimentadas. Shakespeare foi um gênio que, nas suas peças, ousou antecipar, através do drama de seus personagens, muitas reflexões teóricas, que seriam examinadas muito adiante do seu tempo. Percebe, pois, uma certa “atitude pedagógica” de buscar o esclarecimento dos comportamentos humanos através de uma variada mescla de gêneros e temas, como um tipo de representação da própria condição humana, pois, segundo suas próprias palavras, vivemos num grande palco, somos atores e representamos vários papéis ao longo da nossa história.

Referências

- BLOOM, Harold. **Shakespeare**: a invenção do humano. Trad. de José Roberto O'Shea. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- CAMARGO, Robson. **O Espetáculo do Melodrama**. São Paulo: ECA/USP, 2005.
- CÂNDIDO, Antônio. **Formação da literatura brasileira**: momentos decisivos. 6. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1981.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. Trad. de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FIGUEIREDO, Ediliane Lopes Leite. Literatura e Direito: teias de conexão. **Estudos Linguísticos e Literários**. UEM, Maringá/PR, 2010. Disponível em: <<http://www.cielli.com.br/downloads/105.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: Nau, 2005.
- FRANCO, Gustavo H. B.; FARNAM, Henry W. **Shakespeare e a Economia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.
- GARCIA, Nelson Jahr. **Shakespeare: a arte da persuasão**. Fonte Digital: eBooksBrasil.com, Edição Ridendo Castigat Mores, 2002.
- GIBBONS, Brian. **Romeo and Juliet**. London: Thomson Learning, 1980.
- GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HALIO, Jay. **Romeo and Juliet**. A Guide to the Play. Westport: Greenwood Press, 1998.
- HAPGOOD, Robert. **Hamlet**. Shakespeare in Production. Cambridge: University Press, 1999.

HAUSER, Arnold. **História Social da Arte e da Literatura**. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HELIODORA, Bárbara. **Por que ler Shakespeare**. São Paulo: Globo, 2008.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. **Literatura e Direito**: uma outra leitura do mundo das leis. Rio de Janeiro: Letra Capital, 1998.

OLIVO, Luis Carlos Cancellier de. **O estudo do Direito através da Literatura**. Tubarão: Studium, 2005.

OST, François. **Contar a Lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROZAKIS, Laurie. **Tudo sobre Shakespeare**. São Paulo: Manole, 2002.

SHAKESPEARE, William. **Romeo and Juliet**. Mem Martins: Europa-América, 1977.

SHAKESPEARE, William. **Romeo and Juliet**. Edited by Paul Cheetham, question by Neil King, personal essay by Irving Wardle. England: Longman Study Texts, 1987-1990.

WATT, Gary; RAFFIELD, Paul. **Shakespeare and the Law**. Padstow: Typeset by Columns Design, 2008.

WEISBERG, Richard; BARRICELLI, Jean-Marie. **Literature and Law**: interrelations of literature. New York: The Modern Language Association of America, 1982.

ZURCHER, Andrew. **Shakespeare and law**. Londres: Arden Shakespeare, 2010.

Capítulo 28

A proposta de superação da “injustiça extrema” através da necessidade de (re)construção conceitual do direito

*Cristian Kiefer da Silva
Alessandra Mara de Freitas Silva*

1 Introdução

Do ponto de vista da ciência do direito, pensou-se durante muito tempo, e por vezes ainda se pensa, que a pergunta sobre “o que é a justiça” e a questão de “como se conhece a justiça” deveria ser respondida completamente independente uma da outra. Nesse aspecto, o grande problema da “injustiça das leis” torna-se um tema central deste trabalho, principalmente porque é intenso o contraste entre os valores do ordenamento jurídico positivo e o sentimento de justiça preponderante na sociedade.

De fato, quem quer empenhar-se em compreender o lugar e o papel do direito nas sociedades humanas, não deve menosprezar nenhuma de suas dimensões precedentes. Portanto, para eliminar as incertezas e os equívocos que se acumularam ao longo dos séculos pela ausência de uma problematização coerente das estruturas jurídicas das sociedades humanas, é preciso, antes de mais nada, arrancar o direito do magma das dúvidas e das polêmicas.

Na verdade, isso é uma tarefa difícil, pois sob o peso esmagador das tradições, não é uma escolha entre o verdadeiro e o falso, ou entre o válido ou inválido que convém realizar. Decerto, trata-se de avançar em meio às tensões e conflitos entre *o que é* e *o que deve ser*, que não só se estabelecem

e desaparecem apenas para renascer em seguida, mas habitam a própria razão em seu esforço arquitetônico de regulação das condutas humanas.

Como se sabe, o positivismo jurídico produziu, com efeito, as grandes obras legislativas do início do século XIX, porque o legislador de então ainda se conduzia por uma forte consciência moral, pressuposto este que, porém, já não se verificou nas ditaduras do nosso tempo. O fato é que as leis ultrajantes deixaram de ser meros exemplos e passaram a ser realidade, ou seja, o conceito de lei puramente formal fracassara.

Por sua vez, após o monstruoso e arbitrário domínio nacional-socialista, em que o direito foi pervertido até se tornar irreconhecível, muitos pensavam que logo após a Segunda Guerra Mundial, deveriam regressar novamente ao direito natural. Em contrapartida, o renascimento do direito natural foi muito criticado na prática, e de fato também não foi um renascimento da racionalidade e do bom senso, mas a crítica atinge propriamente a ciência, especialmente a filosofia do direito, que não tinha de todo preparado a jurisprudência para o fenômeno da “injustiça legal”.

Por isso, é correto dizer que a fonte jurídica por excelência deve ser alicerçada nos princípios reitores do direito, de maneira a se opor totalmente à “injustiça das leis” que, por iníqua, contrarie tais princípios, os quais garantam de certo modo a juridicidade ético-política do próprio sistema. Assim, a ideia de lei não deve ser exterior ao próprio ser humano, pois é preciso superar a miséria jurídica herdada do nacional-socialismo, combatendo o arbítrio no pensamento jurídico através da tutela de um direito indisponível, ou seja, aquele que a lei considera essencial à sociedade e tem proteção pelo Estado.

Certamente, um impulso essencial para a renovação do conceito de direito surge com Gustav Radbruch, salientando que no direito, ao lado dos conceitos classificatórios e que apenas admitem de tudo ou nada, entram numerosos conceitos ordenadores que admitem um compromisso

mais ou menos, de onde se segue que não há uma só e única solução correta, mas várias soluções corretas, isto é, defensáveis, plausíveis e suscetíveis de consenso.

2 Posições fundamentais em Gustav Radbruch acerca da positividade no direito

De fato, por toda a parte se levantava um combate contra o positivismo a partir da ideia de que há “leis que não são Direito e que há Direito acima das leis” (RADBRUCH, 2010, p. 159). Não há dúvidas de que naquela época o positivismo jurídico com o seu lema “acima de tudo deve-se cumprir as leis” reinou de modo absoluto entre os juristas. Na visão de Gustav Radbruch tem-se que:

O positivismo deixou [...] desarmados os juristas alemães ante as leis de conteúdo arbitrário e injusto. [...] Com isso se ficava sem a possibilidade de estabelecer a validade jurídica das leis. É certo que o positivismo pensa haver provado a validade de uma lei pelo fato de ter a força suficiente para lhe impor. [...] É certo que, independentemente do seu conteúdo, toda lei positiva leva consigo um valor: porque sempre será melhor que a total ausência de leis, ao dar lugar à segurança jurídica. Mas a segurança jurídica não é o único, nem sequer o valor decisivo que tem de realizar o Direito. Ao lado da segurança jurídica, há outros dois valores, que são o da utilidade e o da justiça. A hierarquia destes valores assinala o último posto para a utilidade com respeito ao bem comum. De nenhum modo se há de admitir que é Direito tudo o que é útil ao povo, mas que ao povo é útil [...] tão-só o que é Direito, o que traz segurança e tende à justiça. A segurança jurídica, que corresponde a qualquer lei já pelo fato de sua mesma positividade, ocupa um lugar intermediário entre a utilidade e a justiça; a exige, por um lado, o bem comum, e por outro, a justiça. [...] Quando há um conflito entre a segurança jurídica e a justiça, entre uma lei que falha em seu conteúdo, mas que é positiva, e um Direito justo, mas que não adquiriu a consistência da lei, estamos realmente frente a um conflito da justiça consigo mesma, um conflito entre a justiça aparente e a verdadeira. (RADBRUCH, 1971, p. 159).

Nessa perspectiva, objetiva-se que com o fim da Segunda Guerra Mundial e a queda do Terceiro *Reich*, as cortes alemãs receberam o intenso desafio de se manifestar sobre o direito nazista e suas consequências. Em tal período, a lista de monstruosidades cometidas se enquadrava em um catálogo de horrores, e nenhum meio-século testemunhou tanto massacre em escala, crueldades, desumanidades, condenação de povos inteiros à escravidão e aniquilamentos de minorias. Nessa investigação, orienta Gustav Radbruch que:

Não se pode ignorar - precisamente depois da experiência destes doze anos - os terríveis perigos para a segurança jurídica que podem acarretar atitudes representadas pelo conceito de arbitrariedade legal ou pela negação da natureza jurídica às leis positivas. Esperamos que tais injustiças permaneçam como um erro e uma confusão isolados do povo alemão. Mas, de qualquer modo, precisamos estar preparados, buscando a superação essencial do positivismo que fez esmorecer o poder de defesa contra o abuso da legislação pelos legisladores nacional-socialistas e lutando contra o retorno de modalidades de Estado da mesma forma injusta¹. (RADBRUCH, 1957, p. 66).

Pois bem, a perseguição implacável de adversários políticos, a selvageria na busca da vitória, o saque, o derramamento de sangue, o estupro e o assassinato por parte de uma soldadesca brutalizada, foram traços marcantes de um período onde reinava a “injustiça extrema”. É horrível que tivessem que ocorrer no século XX, e no coração da Europa, mas não estavam fora dos padrões reconhecidos do comportamento humano. O processo sistemático, prolongado e burocraticamente controlado de exterminar milhões de vítimas que não ofereciam nenhum perigo e cuja morte não dava nenhuma vantagem aos assassinos, só podia

¹ Friedrich Buchwald também defende a idéia de um direito supralegal (BUCHWALD, 1946, p. 8).

ser interpretado como a manifestação de uma mente enferma; e toda a nação alemã parecia estar afetada pela doença imposta por um regime não democrático.

Nesse contexto, o exame dos conceitos positivistas de direito mostra que, no âmbito do positivismo jurídico, posições muito distintas são defendidas (comum a todas elas é apenas a tese da separação entre direito e moral). Se houvesse certeza de que a tese positivista da separação é correta, a análise do conceito de direito poderia limitar-se inteiramente à questão acerca da melhor interpretação dos elementos da eficácia e da legalidade, bem como da melhor forma de relacionar esses dois elementos. Por isso, cabe perguntar se um conceito positivista de direito é realmente adequado como tal.

3 A (in)decisão problemática a respeito do conceito de direito

Adentrando nas vias mais sutis da fundamentação do direito alemão, é importante registrar que o nacional-socialismo assegurou a sujeição de cidadãos, por um lado, e dos juristas, por outro lado, sobre a base dos princípios “as ordens são ordens”, que se aplicava aos primeiros, e “antes de tudo hão de cumprir as leis”, que se referia aos segundos. O grande lema projetado na mente dos alemães de “as ordens são ordens” não regeu nunca sem limitações. Entretanto, durante séculos, o positivismo jurídico se impôs quase sem nenhuma contradição entre cidadãos e juristas alemães. Assim, “falar de leis que não constituíram direito era uma contradição igual falar de um direito que estivera acima das leis” (RADBRUCH, 2010, p. 155).

De acordo com a tese radbruchiana, pode-se preconizar que o fundamento axiológico do direito (ideia formal) seja realmente levado em conta quando da aplicação judicial, e assim conceder uma interpretação diferente da mera aplicação da positividade como forma de concretização

do direito. Por seu turno, a conotação do termo direito, polivalente ao extremo, exclui a possibilidade de uma resposta clara e definitiva à pergunta, qual seja: “o que é direito?”. Para que se possa entender melhor a arbitrariedade legal e o direito supralegal em Gustav Radbruch, torna-se importante estabelecer as linhas definatórias do conceito de direito, sendo certo que “a tarefa do jurista consiste apenas em indagar o que é direito, e nunca se ele é justo” (RADBRUCH, 1999, p. X). No que se refere à indecisão problemática de tal conceito, Simone Goyard-Fabre explica que:

Em sua persistência, o pluralismo semântico da palavra *direito* decerto não é accidental. Ele corresponde à *ambiguidade essencial de seu conceito*: na verdade, a multiplicidade de relações que o direito mantém com outros campos da existência humana mostra a dimensão da dificuldade existente para circunscrever seu campo próprio, o que obsta a um empreendimento de definição rigorosa. Tanto em sua extensão como em sua compreensão, o conceito de direito se mostra rebelde ao esclarecimento. (GOYARD-FABRE, 2007, p. XVIII).

Decorre daí que, nesse campo de compreensão multidimensional e complexo, o termo direito corresponde a um conceito vago, de difícil definição com rigor. Porém, apesar das incertezas na definição de um conceito claro acerca do direito, Gustav Radbruch entendia que a grande missão do ordenamento jurídico era a segurança jurídica e a paz, sendo a segunda missão a justiça. Por isso, os horrores do nazismo fizeram-no modificar, ou, para alguns, desenvolver o seu pensamento a respeito do direito² a partir daí. Portanto, não é o propósito deste trabalho examinar

2 Um debate que cerca a figura de Gustav Radbruch é aquele entre os que defendem a descontinuidade da obra do autor, nos períodos antes e Pós-Guerra, e entre aqueles que defendem a continuidade. A suposta descontinuidade de Gustav Radbruch, após o terror nacional-socialista e o Holocausto, poderia ser atribuída ao advento da filosofia existencialista e ao renascimento da teologia na vida intelectual e espiritual alemã. Parte dos estudiosos da obra do autor afirma que Gustav Radbruch abandonou o relativismo e o racionalismo de sua primeira fase em prol do direito natural do reconhecimento de que a justiça deve prevalecer sobre a segurança jurídica e eficácia do direito. Por sua vez, aqueles que defendem a continuidade da obra apontam para um desenvolvimento natural do seu pensamento,

o percurso genealógico do direito em seus vários momentos, mas é importante considerá-lo do ponto de vista filosófico, na medida em que o olhar crítico que perscruta a compreensão do direito revela a problematidade vinculada à sua evolução.

Pode-se sustentar que a maturação semântica do pensamento racional procurou dar ao direito um contorno distinto, cuja remota inserção na ordem natural das coisas estava longe de deixar imaginar uma possível autossuficiência. As reviravoltas filosóficas contribuíram muita para apurar o conceito de direito, arrancando-o de seu invólucro impermeável. E tal esforço na elucidação do seu sentido se deu por etapas com modificações diferenciadas de maior ou menor eficiência. Não obstante, várias foram as tentativas de se sustentar em uma vontade de cientificidade a sistematização de um “direito universal” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XX). Esse ideal de cientificidade foi compartilhado por várias gerações, no entanto, apesar desse esforço de reforma intelectual, o esclarecimento do termo direito ainda é bastante precário. Para explicar isso, Simone Goyard-Fabre aduz o seguinte:

Em suma, o conceito de direito está dividido: por um lado, impõe-se as perspectivas racionais de uma eventual codificação que lhe implicaria homogeneização; por outro, o pluralismo dos costumes regionais resiste, com sua carga pitoresca e de eficácia. Portanto, embora haja um despertar da racionalidade jurídica, que busca a especificidade irredutível subsumida no

uma vez que Gustav Radbruch nunca considerou suas últimas obras como retificadoras de seus primeiros escritos (MARTÍNEZ BRETONES, 2003, p. 11-12). Stanley L. Paulson é exemplo dos que defendem a tese da não ruptura: "Radbruch não poderia ter sido 'convertido' em relação ao positivismo jurídico [...]. Nos primeiros tempos, Radbruch já defendia um critério de base no sentido de que 'a lei é realidade cujo significado (Sinn) é para servir à justiça". Tradução livre do inglês: "Radbruch could not have been 'converted' from legal positivism [...]. In his earlier period, Radbruch had already defended a basal criterion to the effect that 'law is the reality whose meaning (Sinn) is to serve justice" (PAULSON, 2006, p. 19). Rodolfo Luis Vigo, entretanto, é um exemplo daqueles que percebem uma descontinuidade: "Os artigos escritos na década de quarenta apontam inequívocas transformações em aspectos substanciais que resultam decisivos para coincidir com aqueles que apontam uma descontinuidade no autor em estudo". Tradução livre do espanhol: "Los artículos escritos en la década del cuarenta señalan inequívocas transformaciones en aspectos substanciales que resultan decisivos para coincidir con aquellos que señalan una discontinuidad en el autor en estudio" (VIGO, 2006, p. 15).

termo direito, ela está às voltas com duas tendências antagônicas – a sistematização e a casuística –, que dão ao direito duas feições incompatíveis. Como a multiformidade do direito engendra-lhe multivocidade, seu conceito permanece indefinido e incerto. (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXI).

Ademais, é suficiente indicar que a elucidação do conceito de direito passa por uma constante e necessária mutação, ainda mais em Gustav Radbruch, que no prólogo de sua obra *Injustiça Legal e Direito Supralegal* (*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946), comenta Maria Isabel Azaretto de Vásquez que:

A experiência nacional-socialista produz uma tal impressão nele, que o obriga a repensar seu anterior positivismo, e esta reflexão o leva a rechaçá-lo, já que vê na separação do direito e da moral a base em que se apoiou o nazismo para levar a cabo, sob a aparência de legalidade, as maiores injustiças. A formação positivista dos juizes e advogados os inabilitou para defender-se contra a legalidade injusta. Isto leva Radbruch a sustentar que uma lei que contrarie os princípios básicos da moralidade não é direito, ainda que seja “formalmente válida”. (RADBRUCH apud VÁZQUEZ, 1962).

Evidentemente, o sentido e o valor do termo direito não devem ficar à margem da incompreensão, pois coteja-se que apenas uma análise realizada segundo os procedimentos da razão humana é capaz de depreender o significado do termo direito. Categoricamente, o direito deve ser reportado à razão humana como sua verdadeira fonte para atingir a clareza e a distinção de seu conceito. Para exemplificar melhor isso, Simone Goyard-Fabre acentua que “inseparável do invólucro metafísico que o prende, o termo *direito* não se livra do peso de sobrecargas e de sobredeterminações que dão origem à sua equivocidade” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXIV).

Apesar das modificações mais ou menos modulares na designação do direito como um corpo de regras que administram a sociedade, a legalização do direito, a proliferação das decisões judiciais, a insistência na concepção do direito como sistema de mandamentos e de regras, o crescimento avassalador do poder autoritário e arbitrário, as reivindicações cada vez mais numerosas apresentadas pelos diversos sujeitos de direitos (individuais e coletivos); são outros tantos traços e sintomas do positivismo jurídico. É preciso ressaltar que é “nesse desvio que residem os equívocos insuperáveis de um pensamento teórico que suas contradições internas tornam manifestos” (GOYARD-FABRE, 2007, p. 101). Além disso, é necessário distinguir também o que originariamente o pensamento germânico entendia sobre a positividade no direito. De acordo com Simone Goyard-Fabre:

O positivismo se pretende a-filosófico; mas é impossível ganhar essa aposta, pois a autossuficiência de uma teoria que, em sua pretensa “neutralidade axiológica”, se limitasse apenas à fenomenalidade do direito é uma ilusão. Por outro lado, afastando do campo jurídico toda normatividade transcendente, essa teoria jurídica - que tem forte propensão a rebaixar o direito, aquém de suas próprias prescrições, ao plano das condições empíricas, sociais ou históricas que as motivaram - redundaria contraditoriamente afirmando a autonomia do direito na negação do caráter especificamente jurídico do direito. Por fim, a construção de um direito que, invocando critérios de racionalidade científica, se fechasse dentro das grades de uma legislação abstrata de alcance mais ou menos geral, teria fortes chances de gerar uma sistematização do direito rígida e sem vida. (GOYARD-FABRE, 2007, p. 101).

Por conseguinte, a acusação geral que fizeram a Gustav Radbruch, por entender que o positivismo jurídico preparou o terreno fértil para a legitimação dos regimes nazifascistas - postura que ficou conhecida como *reductio ad Hitlerum* (redução a Hitler ou argumento aos nazistas) - é

incoerente, mesmo porque o que aqui se pretende discutir é se houve uma real vinculação entre a postura científico-descritiva do juspositivismo e a instauração de regimes de exceção. Como isso foi bem sinalizado em capítulos anteriores, de maneira a reforçar tal compreensão, explica Andityas Soares de Moura Costa Matos que:

[...] a maior parte das teorias juspositivistas não se adapta a ambientes políticos autoritários, uma vez que o positivismo jurídico tem em alta conta aspectos técnicos do direito que não se coadunam com regimes de exceção. Trata-se dos valores de ordem, da igualdade formal e da certeza jurídica. Os sistemas autoritários, por seu turno, sempre se apresentaram como superiores à limitada racionalidade juspositivista, encarnando um tipo de justificação quase divina. Nesse sentido, recordemo-nos que a ideologia jurídica nazista era contrária ao juspositivismo, visto que, antes de consultar a lei, caberia ao juiz nacional-socialista decidir com base nos interesses políticos do povo, i. e., do Estado. (COSTA MATOS, 2009, p. 28).

De tal maneira, sobrepondo-se às imprecisões em torno do positivismo jurídico, o que deve ficar claro em Gustav Radbruch é que o positivismo jurídico foi incapaz teoreticamente de impor o seu projeto de cientificidade, porque, apesar desse fracasso, ele ainda assim traçou o perigoso caminho pelo qual vários autores enveredaram, embora a própria essência do direito estivesse em perigo.

4 O direito em busca de seu sentido em Gustav Radbruch: a apropriação dos direitos pelo direito

A questão central da análise do direito em Gustav Radbruch é que as leis extremamente injustas perdem sua característica de leis, não podendo ser aplicadas em discussões jurídicas. Por isso, a respeitável fórmula de Gustav Radbruch é construída para orientar a análise e aplicação do direito em situações difíceis e insuportavelmente injustas, onde o conflito entre

justiça material e segurança jurídica estejam absolutamente identificados. Por outro lado, a fórmula radbruchiana atenta para os perigos da “injustiça extrema”, e o seu ponto de partida é constituído por um conhecimento da metodologia jurídica, sobre o qual há unanimidade entre positivistas e não-positivistas, e que deve ser admitida em razão dos deveres que lhe impõe a defesa da dignidade humana. Nesse sentido, para Enrique Dussel a “legalidade da injustiça” ou a “imoralidade legal” faz recordar que “o grupo ou pessoas dominantes fizeram de sua dominação o fundamento da lei” (DUSSEL, 1977, p. 80), maquiando o fato de a ordem vigente ser imposição de uma dominação legalizada.

A fundação do direito em pleno regime nazista apresentou uma perpetuação da lógica de dominação e episódios de banalização da violência, anunciando um fenômeno que não se pode dar por concluído devido a seus efeitos metajurídicos que perduram no tempo e no espaço. Contudo, o período compreendido pelo terror na Alemanha nazista, operou uma intimidação coletiva que, em conjunto com os mecanismos de propaganda, produziram uma modificação profunda no sistema de ideias e valores dominantes na sociedade. Foi em decorrência a isso, que Gustav Radbruch construiu uma fórmula de compatibilização entre a positividade e a justiça para tentar refundar o direito e coibir os avanços da “injustiça legal”.

Por sua vez, cabe assinalar que a ideia de direitos humanos veio a se impor com uma força cada vez mais intensa, reconhecendo que tais direitos deveriam ganhar autoridade jurídica devido ao seu enraizamento na própria natureza humana. Nesse aspecto, afirma Simone Goyard-Fabre que “os direitos necessitam da mediação do direito para adquirir um valor jurídico que não possuem por si sós” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIV). Essa ideia de direitos humanos é bastante evidente em Gustav Radbruch, onde Fábio Henrique Araújo Martins reforça que:

Sem a violência oficial para dar suporte ao controle das opiniões, será a impunidade democrática o maior responsável pela banalização e disseminação da impunidade por violação de direitos humanos, num dispositivo coletivo de internalização do silêncio social e dos mal entendidos políticos. [...] a “violência abismal” da impunidade destrói a possibilidade de resignificação simbólica e institucional da democracia, engendra desde o silêncio oficial o catastrófico fracasso do direito e a suspensão da justiça. (MARTINS, 2011, p. 49-50).

Nesse contexto, o que Gustav Radbruch procura subsumir em sua teoria é a construção de um direito supralegal, um direito situado acima das leis, transpositivo, fundamentado na moral, semelhante à verdade, à beleza e ao bem comum; um direito superior, ao qual o direito positivo seja obrigado a ceder quando os dois entrarem em conflito. E para isso, cria uma fórmula que vai da absoluta incognoscibilidade essencial do direito à absoluta fé na justiça, reconhecendo como indispensável à solução das grandes questões do direito. A arquitetura do terror manifestada em pleno regime nazista fez com que Gustav Radbruch repensasse a respeito do verdadeiro conteúdo do direito. O jusfilósofo deliberadamente combateu as teorias anarquizantes que contrapunham os direitos ao direito, o antijuridismo puramente ideológico que visava o desaparecimento do Estado, a falência do ser humano e das próprias instituições antidemocráticas. Além disso, era totalmente contrário a vontade do *Führer* estampada na frase: “o terror sob a forma de lei”.

Do ponto de vista teórico, Gustav Radbruch teve coragem e honestidade intelectual na busca de um sentido claro para o direito. Como tal, para ele, é importante sublinhar que o sentido do termo direito ganha força em sua teoria como um direito crédito, sendo que o Estado é o devedor perante quem os indivíduos e os grupos afirmarão doravante

pretensões ou a quem endereçarão reivindicações. Nesse sentido, é nítido verificar que o que há de inalienável no direito à dignidade humana, implica, enquanto direito autenticamente jurídico, que este deve ser assumido pelo direito positivo estatal. O que Adolf Hitler fez, em pleno regime nazista, foi extirpar todas as garantias impostas aos cidadãos com a criação de uma espécie de “lei de seleção natural” que regeria a história e as relações entre todos os povos e Estados. Sabe-se, pois, que o Estado intervencionista contém inevitavelmente os germes do totalitarismo, como explica Simone Goyard-Fabre:

De fato, embora seja verdade que a operação mental de definir consiste em exprimir a essência ou a quiddidade de uma coisa, é preciso primeiro afastar confusões ou amálgamas para deixar claro o conceito de direito. Conclui-se, pois, que o direito não se confunde com a *força*: a força é poderio; ceder à força é um ato de necessidade em que o direito não entra. No entanto, deve-se notar que o direito necessita da força legal para se fazer respeitar. Convém por conseguinte ser mais preciso: é a violência enquanto expediente passional e tumultuoso que, por natureza, exclui o direito. Nesse sentido, a expressão “o direito do mais forte” é uma contradição nos termos e puro sofisma. Ainda assim, o conceito do direito não revela sua essência. (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIX).

Na verdade, essa maneira de compreender o direito é no fundo banal, tendo em vista que por mais forte que seja essa orientação, “ela não conduz a uma definição pertinente, dando azo a uma concepção dogmática e sistemática do direito em que o discurso, as ferramentas metálicas, o raciocínio e a prática ocultam a realidade viva do mundo jurídico” (GOYARD-FABRE, 2007, p. XXXIX). Nessa dimensão, para compreender a teoria do direito exposta por Gustav Radbruch, é preciso superar a apropriação dos direitos pelo próprio direito. Muito embora isso pareça ser tarefa fácil, proclamar o direito aos direitos é decerto uma obsessão do

jurista na contemporaneidade, que em seu íntimo e audacioso plano de superação das contingências, tenta de todo modo certificar “o progresso do direito”. Por seu turno, conclui-se que de acordo com o jusfilósofo, “o direito é a realidade que tem o sentido de servir ao valor jurídico, à ideia do direito” (RADBRUCH, 2010, p. 47).

5 Construindo uma concepção de direito em Gustav Radbruch: a contemplação valorativa do direito enquanto realização do justo

Toda ordem que encontramos na diversidade da existência, ou que nos empenhamos em fomentar, emprestou do direito o seu nome: falamos de leis da natureza, de leis da moralidade e de costume, de leis da lógica e da estética. Que posição ocupam entre todos esses tipos de leis, e, portanto, no todo, em nosso conhecimento de mundo, as leis no sentido primeiro da palavra, as leis do direito? A respeito da lei, Gustav Radbruch assevera que:

A cada atividade básica do espírito humano corresponde um tipo especial de leis do dever: a lógica trata das leis do modo de pensar verdadeiro, correto, científico; a estética trata da maneira certa de vivenciar com sentimento a arte e a beleza; todavia, o dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito. (RADBRUCH, 1999, p. 1).

Como enunciado de um observador, acredita-se que a fundamentação do direito em Gustav Radbruch é uma questão central e essencial a toda vida em sociedade. Por sua vez, o problema da aplicação da lei injusta é muito mais um problema prático; um problema, aliás, inevitável do agir humano, que pertence mais à ética do que o próprio direito. A ideia de direito proposta pelo autor não é outra coisa senão a justiça (o direito é a realidade cujo sentido é servir à justiça).

A ideia de justiça adotada pelo autor baseia-se no princípio da igualdade, fazendo transparecer as influências aristotélicas de Radbruch.

O justo, assim como o bom, o verdadeiro e o belo, é absoluto, ou seja, é um valor que não deriva de nenhum outro valor. Mas esta noção de justiça como igualdade, embora absoluta, é uma ideia formal, razão pela qual Gustav Radbruch irá inserir, em seu conceito de direito, outros dois elementos: o fim e a segurança jurídica.

Sendo a justiça apenas a forma do direito, Radbruch acrescenta a este um princípio material, a ideia de fim ou finalidade, que toma seu conteúdo da ética. O princípio da finalidade atuará no conteúdo do direito de modo relativo, dependendo do valor moral a que fizer referência. A ética, que se divide em teoria dos deveres morais e em teoria dos bens morais, identifica três tipos de valores diferentes: os valores individuais, os valores supra-individuais e os transpessoais.

Embora já afirmado, o direito deve se basear em critérios fundamentalmente seguros e racionais, para só assim posicionar-se no sentido de afastar do meio social não só a sensação de incerteza, mas principalmente a sensação de injustiça. Nesse aspecto, o crescente valor que se atribui à segurança jurídica revela o reconhecimento de que ela é exigência fundamental até para as ideologias jurídicas orientadas exclusivamente pelo bem comum. E mais, ainda que uma lei positiva não se alicerce nas exigências da justiça ou da conformidade a fins, busca de alguma forma, um valor: a segurança jurídica.

De fato, é impossível traçar uma linha precisa entre os casos em que a lei escrita deve dar lugar à justiça e aqueles onde uma lei precisa ser reconhecida como válida a despeito de seu conteúdo danoso e injusto. Há, porém, uma linha distintiva que pode ser traçada com absoluta clareza: se a igualdade, que é o cerne da justiça, é repudiada deliberadamente ao editar-se uma regra de direito positivo, então a regra não só é injusta, mas não possui a verdadeira natureza de direito, porque este não pode ser

definido senão como uma instituição ou ordem das relações humanas cujo sentido e propósito é servir à justiça.

6 Injustiça legal x direito supralegal

Na concepção de Gustav Radbruch, o positivismo desarmou os juristas frente a leis de conteúdo arbitrário e delituoso. Utilizando-se do princípio (“a lei é a lei”), máxima do positivismo (que não conhecia qualquer limitação), o regime nazista manipulou seus juízes e perpetrou as mais terríveis atrocidades sob a proteção da legalidade. Termos como “arbitrariedade legal” ou “direito supralegal” eram contradições em si (RADBRUCH, 1980, p. 21-22).

De maneira geral, Gustav Radbruch analisa que o positivismo é incapaz de fundar, com suas próprias forças, a validade das leis, uma vez que confunde a validade com a mera confirmação da vigência. No entanto, isso não significa que deva ser de todo abandonado, pois “toda a lei positiva já traz consigo um valor - uma lei é sempre melhor que nenhuma lei -, independente de seu conteúdo, pois ao menos cria segurança jurídica” (RADBRUCH, 1980, p. 35-36).

Pois bem, o conflito existente entre segurança jurídica e justiça, ou seja, entre uma lei positiva discutível quanto ao conteúdo e um direito justo não positivado, se apresenta, em verdade, como um conflito da justiça consigo própria, pois trata-se de um conflito entre justiça aparente e justiça verdadeira. É através desta análise que Gustav Radbruch propõe, nos seguintes termos, sua reconhecida formulação:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica poderia ser bem solucionado no sentido de que o direito positivo estatuído e assegurado pelo poder tem prevalência, ainda que por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, salvo quando o conflito da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão

insuportável que a lei, como direito injusto, deva ceder lugar à justiça (RADBRUCH, 1980, p. 37).

Na base dessas constatações, Gustav Radbruch esclarece que é impossível traçar uma linha exata quanto ao que difere a arbitrariedade legal de uma lei válida, porém com conteúdo injusto. Mas, há, sim, uma outra delimitação que pode ser feita com absoluta exatidão. E esta se refere aos casos em que não se pretende alcançar a justiça, nos quais a igualdade que constitui a medula da justiça é negada claramente pelo direito positivo. Nesses casos, “não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica”. (RADBRUCH, 1962, p. 38).

Entretanto, assinala o jusfilósofo alemão que as leis de conteúdo muito *injusto*, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, deixando de ser direito. A modificação no status da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade.

Da mesma forma, não se pode definir o direito, inclusive o direito positivista, de outra forma senão como uma instituição que, por seu próprio sentido, está determinada a servir à justiça. Todavia, conclui-se que, adotando-se estes padrões, setores inteiros do direito nazista jamais atingiram a qualidade de direito. Numa análise histórica, assim como a personalidade de Hitler, o direito nazista se caracterizava por uma completa falta de sentido, de verdade e de direito, e estava baseado no exato oposto do elemento essencial à justiça: o tratamento igualitário. Como consequência disso, carecia totalmente de natureza jurídica, não era um direito talvez injusto, não era direito sob nenhum aspecto.

Isto é especialmente válido para todas as legislações que denominavam alguns homens de sub-homens, negando-lhes direitos humanos. Outro exemplo de legislações que sequer chegaram a possuir

natureza jurídica eram as cláusulas que previam indistintamente as mesmas punições para os mais diferentes delitos, sem consideração de quaisquer variáveis, permitindo a aplicação da mesma pena (em muitos casos a morte) para o cometimento de delitos com as mais diversas naturezas e gravidades.

A esse respeito, Gustav Radbruch reconhece especialmente após doze anos de experiência nazista, que o conceito de arbitrariedade legal - e a negação da natureza jurídica que esta pode gerar em leis de conteúdo insuportavelmente injusto -, significa terríveis perigos para a noção de segurança jurídica (RADBRUCH, 1980, p. 40-41). Entretanto, pontua sua esperança de que as arbitrariedades cometidas sejam um desvio jamais repetido pelo povo alemão, e alerta que é preciso prevenir o retorno das arbitrariedades através da superação fundamental do positivismo.

7 A incessante busca do equilíbrio entre a positividade do direito e a realização da justiça

Gustav Radbruch nunca foi um positivista pleno, pois sempre considerou problemática a aplicação da lei com conteúdo injusto ou imoral. Prova disso é a sua afirmação, em 1914, de que "não se pode conceber nenhuma justificação para a vigência do direito manifestamente injusto" (KAUFMANN, 2002, p. 65-66). Muitos autores defendem que Gustav Radbruch, apesar de abandonar o positivismo em 1945, nunca modificou suas noções acerca da filosofia e do conceito de direito. É certo que ele foi o responsável pela reabilitação da filosofia do direito, ao superar o conflito entre as posições estanques do positivismo e do direito natural.

Depois de 1945, Gustav Radbruch continuou a operar com o mesmo conceito de direito. Entretanto, a partir da constatação de que o positivismo é incapaz de explicar a validade do direito através da separação absoluta entre direito e moral e, verificando as consequências morais da

aplicação desta teoria no contexto da Alemanha nazista, o autor fez uma importante inversão na relação existente entre os elementos de seu conceito de direito.

Robert Alexy, um dos autores contemporâneos que mais se ocupa da Fórmula de Radbruch, afirma que aquele que sustenta a Fórmula abandona a tese positivista. Os ensinamentos de Radbruch são especialmente valiosos para a teoria da validade de Alexy, desenvolvida no *Begriff und Geltung des Rechts*, onde a Fórmula de Radbruch integra seu conceito de direito não positivista, sob a denominação argumento da injustiça. Em seus textos, Robert Alexy utiliza-se de até quatro versões da fórmula, dependendo da extensão adotada. A forma mais breve e simplificada é "a injustiça extrema não é direito"; a mais extensa é:

O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deveria poder solucionar-se no sentido de que o direito positivo alicerçado pela promulgação e a força tenha também preferência quando seja injusto e inadequado quanto ao conteúdo, a não ser que a contradição entre lei positiva e justiça alcance uma medida tão insuportável que a lei deva ceder como "direito injusto" ante a justiça (ALEXY, 2004, p. 227-228).

Não é demasiado referir que Robert Alexy entende que a fórmula radbruchiana, em uma versão mais extensa, divide-se em duas partes ou subfórmulas (intolerância e negação). A fórmula da intolerância se dá pela afirmação de que as leis positivas perdem sua validade jurídica quando sua contradição com a justiça se dá em medida insuportável. A fórmula da negação surge com a idéia de que as leis que negam, de forma consciente, a igualdade, núcleo da justiça, perdem sua própria natureza jurídica (ALEXY, 2004, p. 228).

Enquanto a fórmula da intolerância, que é a mais aplicada pela jurisprudência, possui um caráter objetivo, pois aplica a fórmula da

injustiça, a fórmula da negação possui um caráter subjetivo, pois diz respeito aos propósitos e às intenções do legislador. Por esta diferença, Robert Alexy assinala que é possível imaginar casos em que ambas as fórmulas levem a resultados diferentes. Por exemplo, um legislador que busca a igualdade e, entretanto, leva a cabo uma injustiça insuportável, e outro que deseja realizar o injusto, mas não o faz na medida do insuportável.

Em regra, ao se falar de uma injustiça insuportável, deveriam coincidir resultado e intenção, podendo-se falar, então, de uma sobreposição (*overlapping*) de ambas as fórmulas. Todavia, Robert Alexy entende que a fórmula radbruchiana pressupõe um direito suprapositivo, no sentido de que a aplicação da fórmula conduz a uma fundamentação que se utiliza de princípios jurídicos que não estão positivados (ALEXY, 2004, p. 217).

Em outras palavras, para Robert Alexy, a característica de destaque da fórmula radbruchiana é que esta não exige uma coincidência completa entre direito e moral, uma vez que permite que o direito positivado e eficaz seja válido mesmo que seu conteúdo seja injusto; já Gustav Radbruch não exige uma orientação da totalidade do direito à moral, mas, sim, incorpora ao direito um limite externo (ALEXY, 2004, p. 228-229).

Enquanto os positivistas (que adotam a teoria da separação entre direito e moral) trabalham com um conceito de direito baseado somente na legalidade conforme o ordenamento e na eficácia social, sendo indiferente o conteúdo do direito, como o prova a célebre frase de Hans Kelsen, "portanto, qualquer conteúdo pode ser direito" (ALEXY, 2004, p. 229); os não positivistas que seguem a fórmula radbruchiana permanecem adotando a legalidade segundo o ordenamento e a eficácia social, entretanto, incorporarão um terceiro elemento ao seu conceito de direito, qual seja, a correção material do conteúdo como critério limitativo.

O abandono do positivismo em sentido axiológico teve como consequência mais radical a doutrina da subordinação da lei à justiça. No “Quinto minuto de Filosofia do Direito”, escrito por Gustav Radbruch, temos que:

Há também princípios fundamentais de todo direito que são mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo, de tal modo que toda lei que os contrarie não poderá deixar de ser privada de validade. Há quem lhes chame direito natural e quem lhes chame direito racional. Sem dúvida, tais princípios acham-se, no seu pormenor, envoltos em graves dúvidas. Contudo, o esforço de séculos conseguiu extrair deles um núcleo seguro e fixo, que reuniu nas chamadas declarações de direitos do homem e do cidadão, e fê-lo com um consentimento de tal modo universal que, com relação a muitos deles, só um sistemático cepticismo poderá levantar dúvidas (RADBRUCH, 1974, p. 474).

De tal maneira, Gustav Radbruch atinge o ponto máximo de seu racionalismo com a afirmativa conclusiva de que os direitos humanos estão abrigados em normas supra-estatais, a que qualquer Direito Positivo deve se coadunar, sob pena de ser considerado inválido. Por fim, Gustav Radbruch critica a ordenação jurídica nazista com fulcro na respeitabilidade e imposição forçosas dos valores jurídicos e dos direitos humanos supra-estatais, os quais afastam de vez qualquer pretensão positivista de justificar todo totalitarismo. Ainda assim, a priorização material da justiça na segunda fase do pensamento radbruchiano foi uma necessidade histórica e social de honorabilidade aos direitos humanos a partir do reconhecimento de que só a justiça e o conjunto dos Direitos Humanos postos como prioridade efetivada pelo Estado, seriam capazes de realizar a correta acepção dos direitos humanos que deveriam ser positivados como fundamentais (legais) garantidos às pessoas humanas.

8. Considerações finais

Diante de todas as considerações abordadas, emblematicamente, o presente trabalho procurou trazer para o mundo do direito o desenvolvimento de uma “metodologia adequada” e não a “metodologia correta”, porque pode haver diversas metodologias jurídicas “corretas”, as quais naturalmente se contactam e entrecruzam sob múltiplos aspectos. Nesse sentido, ao se analisar o reflexo da aplicação da “lei injusta” na sociedade, compreende-se que a preocupação maior de Gustav Radbruch passa a ser a tentativa de extrair indutivamente o conceito de direito das manifestações jurídicas individuais, e não há dúvida que, em princípio, é possível alcançar o conceito geral mediante a comparação das manifestações jurídicas individuais.

Porém, é importante observar que mesmo através da “mera” aplicação do direito, a lei desenvolve-se para se manter lei. Assim, os diferentes modos de determinação do direito, na verdade, não se distinguem qualitativamente, mas sim pelo grau de extensão da lei. Nesse aspecto, a lei não pode e não deve ser formulada univocamente, pois é criada para casos cuja variedade é infinita. Porém, veja-se que uma lei fechada em si, acabada e sem lacunas (na medida em que tal fosse possível) levaria a paralisação do desenvolvimento do direito. Na realidade, os conceitos legais não se desenvolvem apenas mediante meras abstrações factuais, mas são formulados mediante conceitos-tipo, conceitos ordenadores, em que não se verifica um tudo ou nada, mas sim um mais ou menos.

Evidentemente, um dos problemas cardeais no direito é sempre a escolha de um método. Por isso, se com base no que foi dito se chegar à conclusão de que o legislador se deve abster, tanto quanto possível, de conceitos fortemente normativos e indeterminados, especialmente

cláusulas gerais, então isso é um princípio correto, que não deve, contudo, conduzir ao erro de pensar que os conceitos normativos se podem evitar totalmente. Como já foi explorado neste trabalho, o direito tem de regular, tem de encontrar uma ordem de dever, o que não é possível com conceitos puramente empíricos.

Nesses casos, não somente o direito é injusto, mas também carece de qualquer natureza jurídica, isto é, as leis de conteúdo muito injusto, mesmo que vigentes pelos critérios do ordenamento jurídico a que pertencem, perdem sua natureza jurídica, ou seja, deixam de ser direito. Disso resulta que a modificação no status da lei não se dá na vigência, mas, sim, na validade. Desta maneira, conclui-se que a injustiça extrema não é direito. O ideal jurídico é ideal para o direito, e mais ainda para o direito de uma determinada época, de um determinado povo e para relações sociológicas e históricas muito específicas. Robert Alexy, através do seu conceito de direito, tem a pretensão de superar o modelo positivista da tese da separação total entre direito e moral e, para tanto, acrescenta aos já conhecidos elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social, um novo e terceiro elemento, que possibilita a correção material do conteúdo jurídico, uma vez que o direito será permeado por elementos morais.

Independente do motivo escolhido, o qual não se tem aqui a pretensão de identificar, o tema em questão é, com absoluta certeza, um dos mais importantes trabalhos jurídicos do século XX e merece ser estudado em profundidade, como estudiosos de todo o mundo (à infeliz exceção do Brasil) têm feito há mais de meio século. De nossas considerações resultou que a justiça é a ideia específica do direito, suficiente para desenvolver o seu conceito, mas que, assim mesmo, a ideia de direito não se esgota na justiça, vai muito além do seu próprio horizonte.

Referências

ALEXY, Robert. **The argument from injustice**. A reply to legal positivism. New York: Oxford University Press, 2002.

ALEXY, Robert. **La decision del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

ALEXY, Robert. **Una defensa de la fórmula de Radbruch**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 3. ed., 2011.

BAHIA, Charles Nunes. **Positivismo jurídico e nazismo**: a superação do mito. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13626>. Acesso em: 27 jan. 2013.

BUCHWALD, Friedrich. **Gerechtes Recht**. Weimar, 1946.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de exceção e ideologia juspositivista**: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ano 2009, nº 54. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Para uma Ética da Libertação Latino-Americana**. Eticidade e Moral. São Paulo: Loyola, 1977.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2002.

KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Gulbenkian, 2002a.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARTÍNEZ BRETONES, Maria Virginia. Gustav Radbruch: Vida y Obra. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MARTINS, Fábio Henrique Araújo. **Uma análise da ADPF 153 desde a fórmula de Radbruch e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 9, p. 43-53, fev. 2011.

PAULSON, Stanley L. On the background and significance of Gustav Radbruch's Post-War papers. Oxford Journal of Legal Studies, v. 26, n. 1, p. 17-40, 2006.

RADBRUCH, Gustav. **Arbitrariedad legal y derecho suprallegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Prólogo. In: Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. VÁZQUEZ, Maria Isabel Azaretto de. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Iniciación jurídica. Madrid: Aguilar, 1971.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. de Luís Cabral de Moncada. Portugal, Coimbra: Arménio Amado, 1974.

RADBRUCH, Gustav. **El hombre em el derecho**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

RADBRUCH, Gustavo. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VÁZQUEZ, Maria Isabel Azaretto. Prólogo. In: RADBRUCH, Gustav. **Arbitradriedad legal y derecho supralegal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

VIGO, Rodolfo Luis. **La injusticia extrema no es derecho (De Radbruch a Alexy)**. Buenos Aires: La Ley, 2004.

VIGO, Rodolfo Luis. **La axiologia de Gustav Radbruch**. In: *La injusticia extrema no es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

Capítulo 29

Um diálogo necessário sobre os direitos humanos e a noção de dignidade da pessoa humana: a crise humanitária envolvendo os refugiados em um contexto global

*Cristian Kiefer da Silva
Alessandra Mara de Freitas Silva*

1 Introdução

A dignidade da pessoa humana é um princípio existente em todo o mundo. Tem como objetivo a proteção do ser humano em todos os níveis. Esta, cria condições protetoras aos abusos do poder estatal dignificando a relação de sobrevivência humana e ampliando o respeito à vida. Nesse viés, entende-se que a proteção à dignidade da pessoa humana ultrapassa a barreira normativa e atinge os campos da ética e conseqüentemente o da moral, formando um contexto, que se analisado como um todo, proporcionará a análise da dignidade humana.

Os direitos humanos são uma ideia política com base moral e estão visceralmente relacionados com os conceitos de justiça, igualdade e democracia. Assim, é imperioso a discussão sobre os dois elementos importantes para o reconhecimento dos direitos humanos, quais sejam, a universalidade e a transnacionalidade. O primeiro, impôs a obrigatoriedade de se respeitar a dignidade da pessoa humana, independentemente da situação do homem, seja religiosa, política ou sexual. Já o segundo, impôs a obrigatoriedade do respeito à dignidade da pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade, uma vez que abarca também os apátridas, sendo importante, neste caso, a condição de ser humano e não outras referências à cidadania, nacionalidade, religião, etc.

Não há dúvidas de que a questão dos refugiados em todo o mundo ultrapassa os ditames do Direito em sua essência. Ética e Direito, neste caso, trabalham juntos, para garantir aos refugiados uma vida digna. Outra importante análise é aquela que discute a responsabilidade mundial no acolhimento dessas pessoas. Notadamente, os direitos humanos devem ser reconhecidos em qualquer Estado, grande ou pequeno, pobre ou rico, independentemente do sistema social e econômico. Não raro é observar que a maciça violação dos direitos e liberdades básicos faz com que o ideal de uma vida digna e decente para todos os cidadãos do mundo torne-se algo ainda muito distante.

No Brasil, o estrangeiro é protegido constitucionalmente e tem o mesmo tratamento que o nacional. Ao interpretar os dispositivos da norma constitucional, percebe-se que o refugiado é espécie de estrangeiro, com isso, detentor dos direitos e garantias fundamentais. Além dessa proteção interna, constitucionalizada, prevista no artigo 1º, inciso III e 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, também labora sobre a proteção internacional merecida aos refugiados.

Por outro lado, a primeira das normas de proteção internacional é a contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos, impondo a observação dos preceitos da dignidade humana. Outra proteção que visa orientar os Estados contratantes, quanto ao acolhimento e aos direitos dos refugiados, se dá pela Convenção do Estatuto dos Refugiados, aplicado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Devido ao grande número de refugiados no mundo hoje, acredita-se que de forma lógica e proporcional, que os números de atentados terroristas irão aumentar e por isso alguns países estão se recusando a acolher refugiados. Entende-se, pois, que essa não é a medida mais coerente a ser tomada, uma vez que, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana e da ética no âmbito da humanidade, não seja possível

a qualquer Estado, submeter seres humanos a situações que comprometam a sua existência, tais como o bloqueio total das fronteiras, sem assistência digna ao desamparados e que clamam por socorro.

Nesse sentido, a proteção de refugiados é uma questão fundamental de direitos humanos. Trata-se de garantir a cada pessoa os direitos inerentes à própria condição humana, quando seu país de origem não quis ou não foi capaz de garanti-los. Notadamente, a Lei de Refúgio brasileira (Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997) é considerada uma das mais avançadas do mundo. Inclusive, a entrada em vigor da nova Lei de Migração brasileira (Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017) consolidou a perspectiva de direitos humanos no âmbito da política migratória nacional, posicionando o país na vanguarda do tratamento da temática e tornando o Brasil uma referência no debate global sobre migrações, em consonância com as normas e parâmetros internacionais mais elevados.

2 Ética e dignidade da pessoa humana: diálogos sobre justiça e direitos humanos

A ética abriga a relação de como o ser percebe o mundo, construindo a sua moral, de forma a aplicá-la perante a sociedade de acordo com a sua consciência. É a forma de como analisamos o homem através dos costumes, da convivência, da vida, das suas deliberações. Segundo o renomado filósofo espanhol Adolfo Sánchez Vázquez, *“la ética es la teoría o ciencia del comportamiento moral de los hombres en sociedad. O sea, es ciencia de una forma específica de conducta humana”* (VÁZQUEZ, 1984, p. 25). Por seu turno, segundo Adolfo Sánchez Vázquez, a ética é uma ciência que estuda o homem em sociedade através de seu comportamento moral. Mas o que é moral? Pode-se definir moral, como tudo aquilo que está na boa conduta, está no respeito ao outro de acordo com aquilo que conhecemos e que pensamos, de acordo com o que nos foi ensinado,

mostrado, e naquilo que sentimos ser o correto. Na definição de Adolfo Sánchez Vázquez, moral:

Es un sistema de normas, principios y valores, de acuerdo con el cual se regulan las relaciones mutuas entre los individuos, entre ellos y la comunidad, de tal manera dichas normas, que tienen un carácter histórico y social, se acaten libre e conscientemente, por una convicción íntima, y no de un modo mecánico, exterior o impersonal. (VÁZQUEZ, 1984, p. 81).

Sendo, portanto, um sistema de normas, princípios e valores, com o fim de regular as relações entre os indivíduos e entre estes e a sociedade exteriorizando um caráter de convicção íntima, a moral, se relaciona perfeitamente com o direito, ou melhor dizendo, o direito está na moral e conseqüentemente na ética. No mundo contemporâneo, a ética passa por uma transformação, mas permanece com os seus pilares inabaláveis. Porém, de uma forma menos ampla e sim mais objetiva, a ética pós-moderna tem maior apoio na racionalidade. Nesse sentido, Zygmunt Bauman, informa que:

A pós-modernidade, pode-se dizer, é a modernidade sem ilusões (o oposto disso é que a modernidade é a pós-modernidade que recusa aceitar sua própria verdade). As ilusões em questão concentram-se na crença de que a "confusão" do mundo humano não passa de estado temporário e reparável, a ser substituído mais cedo ou mais tarde pelo domínio ordenado e sistemático da razão. A verdade em questão é que a "confusão" permanecerá, o que quer que façamos ou saibamos, que as pequenas ordens ou "sistemas" que cinzelamos no mundo são frágeis, temporários, e tão arbitrários e no fim tão contingentes como suas alternativas. (BAUMAN, 1997, p. 42).

Com isso, conseqüentemente tem-se um direito voltado ao mundo real, onde as preocupações deixam de ser fúteis para adentrem a real

possibilidade de transformação e controle social, onde cada um deixará a sua individualidade e começará a trabalhar o pensamento coletivo.

Segundo Miguel Reale, “o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas” (REALE, 2002, p. 42). Assim, complementa Miguel Reale, sobre a teoria do mínimo ético:

Consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira mais espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, como dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social. (REALE, 2002, p. 42).

De fato, a crítica que se faz a essa teoria é paradoxalmente em relação ao amoral e imoral. Não será possível nesta pesquisa entrar em detalhes específicos sobre tais conceitos, mas pode-se distinguir brevemente esses dois institutos, através dos exemplos de Miguel Reale (2002, p. 43). O primeiro se relaciona ao sem moral, no sentido de não ser contra a moral. Um exemplo claro seria sobre as normas de trânsito. Se hoje trafegamos no trânsito pela faixa da direita e amanhã, o direito mudar as regras de circulação, por uma viabilidade técnica, estaríamos violando a moral? A resposta é não. No segundo, o imoral, um exemplo que pode ser citado é o de uma sociedade empresarial, onde existem dois sócios e somente um se desdobra em trabalhar, enquanto o outro, não move uma palha para que o negócio dê frutos, mas por força de contrato, regido pelo direito, os dois recebem a mesma quantia no final do mês. Isso seria imoral? Acreditamos que sim.

Adolfo Sánchez Vázquez divide a moral em dois planos. O primeiro, normativo, e o segundo, fático. Em relação ao primeiro, o plano normativo, este preclaro autor afirma que é “*constituído por las normas o reglas acción e imperativos que enuncian algo que debe ser.*” (VÁZQUEZ, 1984, p. 61). Já no segundo, o plano fático, o referido autor define como “*o plano de los hechos morales, constituido por ciertos actos humanos que se dan efetivamente, es decir, que son, independientemente de como estimemos que debieron ser*” (VÁZQUEZ, 1984, p. 61-62).

É à luz do plano normativo que foi desenvolvido este trabalho. Sabe-se, então, que a moral se ramifica da ética, e que dentro da moral temos diversos pontos e, um deles, é o direito como controle social. Com isso, pode-se concluir por hora, que sem esse controle, mesmo que na ética pós-moderna, mais liberal e menos individualista, não teríamos como viver plenamente em sociedade com uma certa segurança e com um mínimo de ordem. Passa-se, agora, a expor adiante, a dignidade da pessoa humana, como foco principal em um direito mais amplo que abarca todas as culturas, crenças e povos, que foi desenvolvido e criado por uma ética do ser coletivo e não do ser individual.

3 O reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio ético-jurídico

A dignidade da pessoa humana é um princípio que norteia todo um complexo de normas jurídicas e morais com fim de abarcar as necessidades humanas. Tem por objetivo uma proteção aos seres humanos através do plano normativo e, principalmente ético, focando na assistência integral do ser humano. André de Carvalho Ramos, em sua obra, Curso de Direitos Humanos, define a dignidade através do pensamento de São Tomás de Aquino, da seguinte forma:

A raiz da palavra “dignidade” vem de *dignus*, que ressalta aquilo que possui honra ou importância. Com São Tomás de Aquino, há o reconhecimento da *dignidade humana*, qualidade inerente a todos os seres humanos, que nos separa dos demais seres e objetos. São Tomás de Aquino defende o conceito de que a pessoa é uma substância individual de natureza racional, centro da criação pelo fato ser imagem e semelhança de Deus. Logo, o intelecto e a semelhança com Deus geram a dignidade que é inerente ao homem, como espécie. (RAMOS, 2014, p. 65).

E continua André de Carvalho Ramos, agora, citando o pensamento de Immanuel Kant sobre a dignidade da pessoa humana:

Para Kant, tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*: aquilo que tem um preço é *substituível* e tem equivalente; já aquilo que *não admite equivalente*, possui uma dignidade. Assim, as coisas possuem preço; os indivíduos possuem *dignidade*. Nessa linha, a dignidade da pessoa humana consiste que cada indivíduo é um fim em si mesmo, com autonomia para se comportar de acordo com seu arbítrio, nunca um meio ou instrumento para a consecução de resultados, não possuindo *preço*. Consequentemente, o ser humano tem o direito de ser respeitado pelos demais e também deve reciprocamente respeitá-los. (RAMOS, 2014, p. 65).

Concluindo, Ingo Wolfgang Sarlet, citado por André de Carvalho Ramos, define a dignidade humana, assim:

A *dignidade humana* consiste na *qualidade* intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminação odiosa, bem como assegura condições mínimas de sobrevivência. Consiste em atributo que todo indivíduo possui, inerente à sua condição humana, não importando qualquer outra condição referente à nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo etc. (RAMOS, 2014, p. 65).

Portanto, a dignidade é inerente ao ser humano. É de preocupação mundial a manutenção do respeito à dignidade humana e por isso várias

mobilizações ao redor do mundo acontecem. A primeira ocorre com a discussão da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os signatários assumem o compromisso de garantir o exato cumprimento dos direitos do homem em sua inteireza. André de Carvalho Ramos preleciona sobre a dignidade da pessoa humana, em âmbito internacional, dizendo:

No plano internacional, a Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece, já no seu preâmbulo, a *necessidade de proteção da dignidade humana* por meio da proclamação dos direitos elencados naquele diploma, estabelecendo, em seu art. 1º que “todos os seres humanos nascem livres e iguais, em *dignidade* e direitos”. Os dois Pactos Internacionais (sobre direitos civis e políticos e o sobre direitos sociais, econômicos e culturais) da Organização das Nações Unidas têm idêntico reconhecimento, no preâmbulo, da “*dignidade* inerente a todos os membros da família humana”. A Convenção Americana de Direitos Humanos exige o respeito devido à “dignidade inerente ao ser humano” (art. 5º). Já a Convenção Europeia de Direitos Humanos, em que pese não possuir tal menção à dignidade humana, foi já interpretada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no sentido de que a “dignidade e a liberdade do homem são a essência da própria Convenção”. No plano comunitário europeu, a situação não é diferente. Simbolicamente, a dignidade humana está prevista no art. 1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000 (atualizada em 2007), que determina que a dignidade do ser humano é inviolável, devendo ser respeitada e protegida. (RAMOS, 2014, p. 65).

O respeito à dignidade da pessoa humana é em si mesmo, ético e moral, uma vez que trabalha o comportamento em sociedade regulando as condutas pessoais que se desencadeiam em uma sociedade. O objetivo desse agrupamento do direito e da ética, é de manter uma formação humanística que permaneça mantendo a dignidade humana, analisando as transformações sociais em todo o mundo, de modo a tornar a convivência humana mais segura e confiável, vez que, muitas das

formações legislativas partem do sentimento interno do ser. Nesse sentido, André de Carvalho Ramos, complementa tal entendimento da seguinte forma:

Tanto nos diplomas internacionais quanto nacionais, a dignidade humana é inscrita como princípio geral ou fundamental, mas não como um direito autônomo. De fato, a dignidade humana é uma categoria jurídica que, por estar na origem de todos os direitos humanos, confere-lhes *conteúdo ético*. Ainda, a dignidade humana dá unidade axiológica a um sistema jurídico, fornecendo um substrato material para que os direitos possam florescer. (RAMOS, 2014, p. 65-66).

Assim, existe a necessidade de se manter a dignidade humana como princípio fundamental, dando substrato e efetividade aos trabalhos dos organismos internacionais de proteção à humanidade. Dessa forma, passa-se a analisar, a seguir, a responsabilidade humanitária mundial em relação aos refugiados.

4 A questão dos refugiados e a responsabilidade humanitária mundial

Antes de laborar sobre a responsabilidade mundial em relação aos refugiados, será importante diferenciar o “migrante” do “refugiado”. Segundo André de Carvalho Ramos, refugiado é:

Pessoa que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição; por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontrasse fora do país de sua nacionalidade ou residência; e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição. (RAMOS, 2014, p. 147).

O migrante não sai de seu país por motivos de perseguição religiosas ou pela guerra. Migra em busca de trabalho, de melhores condições de vida e continua a ter proteção do seu estado podendo retornar quando desejar.

Não é de hoje que a humanidade vive com o problema dos refugiados. Esta preocupação começou a ser discutida com maior enfoque após a Segunda Guerra Mundial, já em meados de outubro de 1945. Naquela época, vários países da Europa sofreram com a vultosa expulsão de seus naturais dos seus territórios e, conseqüentemente, sofreram uma larga crise em relação à questão dos refugiados.

Com o número de refugiados aumentando a cada ano, em 1951, viu-se a necessidade de regulamentar o assunto e buscar alternativas com o fim de proteger os refugiados. Com isso, foi ratificada a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, garantindo-lhes maiores proteções. Segundo a referida convenção, é de competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), atribuir proteção e direitos sobre quem esteja na situação de refugiado.

Ao longo dos anos, o número de refugiados não param de crescer. As recentes guerras no Oriente médio, provocadas por grupos extremistas, estão historicamente aumentando esses números. Conseqüentemente, os problemas quanto à aceitação desses refugiados, principalmente nos países europeus, aumentaram. Existe uma grande preocupação quanto ao terrorismo e uma equivocada recusa desses refugiados. Nesse ínterim, com o aumento de refugiados e a recusa de alguns países, visualizamos uma responsabilidade humanitária mundial ampliada, para impedir o abandono da dignidade humana em face a interesse políticos.

Os direitos humanos possuem algumas especificidades, entre elas julgamos de importância única o princípio da universalidade e o princípio da transnacionalidade. André de Carvalho Ramos cria uma linha histórica, que não pode ser esquecida. O autor define, primeiramente, a universalidade dos direitos humanos como a “atribuição desses direitos a *todos* os seres, não importando nenhuma outra qualidade adicional, como nacionalidade, opção política, orientação sexual, credo, entre outras”

(RAMOS, 2014, p. 78). Ainda assim, André de Carvalho Ramos elucida que existem fundamentos sólidos na constante transformação dos direitos humanos, por conta do aumento dos números de refugiados e o incessante ataque a sua dignidade, gerando a responsabilidade mundial para com essas pessoas, conforme preleciona:

A barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito. Para o nazismo, a titularidade de direitos dependia da origem racial ariana. Os demais indivíduos não mereciam a proteção do Estado. Os direitos humanos, então, *não* eram *universais* nem ofertados a todos. [...]

O marco da *universalidade e inerência dos direitos humanos* foi a edição da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que dispõe que basta a condição humana para a titularidade de direitos essenciais. O art. 1º da Declaração de 1948 (também chamada de “Declaração de Paris”) é claro: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Para a Declaração de Paris, o ser humano tem dignidade única e direitos *inerentes* à condição humana. Consequentemente, são os direitos humanos *universais*. Fica registrada a inerência dos direitos humanos, que consiste na *qualidade de pertencimento desses direitos a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção*. [...] (RAMOS, 2014, p. 78-79).

Em um segundo momento, André de Carvalho Ramos discute a *transnacionalidade* da seguinte forma:

Em 1993, na 2ª Conferência Mundial da ONU de Direitos Humanos, realizada em Viena, decidiu-se que “todos os direitos humanos são universais” (parágrafo 5º da Declaração de Viena). Chegamos ao que se convencionou chamar, na exposição de Weis, de transnacionalidade, que consiste no reconhecimento dos direitos humanos onde quer que o indivíduo esteja. Essa característica é ainda mais importante na ausência de uma nacionalidade (apátridas) ou na existência de fluxos de refugiados. Os direitos humanos não

mais dependem do reconhecimento por parte de um Estado ou da existência do vínculo da nacionalidade, existindo o dever internacional de proteção aos indivíduos, confirmando-se o caráter universal e transnacional desses direitos. (RAMOS, 2014, p. 78-79)

Demonstra-se na universalidade, que, todos os indivíduos são detentores dos direitos humanos, independentemente de situação econômica, religiosa e sexual, de forma que também, em conjunto à transnacionalidade, esse indivíduo tenha todos os direitos garantidos onde quer que esteja, independentemente de sua nacionalidade, uma vez que se considera, aqui, o ser humano e não a sua condição jurídica. A discussão atual é a seguinte: até que ponto seria seguro, sem colocar em risco a segurança nacional, a acolhida desses refugiados? Sabe-se que algumas pessoas se passam por refugiados com o objetivo de praticar o terrorismo. Mas num outro viés, observa-se que nem todo refugiado é um terrorista. Mesmo assim, seria justo, punir uma grande maioria de refugiados em face de uma extrema minoria terrorista? Sobre tal ponto de vista, não. E é com esse pensamento, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, em seu artigo 2º diz:

Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou de qualquer outra condição. Não será tampouco feita qualquer distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação de soberania. (SALIBA, 2013, p. 237).

Assim, qualquer refugiado deverá ter sua dignidade respeitada, independente de sua origem, além de não ser distinguido com uso de

fundamentos políticos, jurídicos ou internacionais sobre a condição de seu país. Isso demonstra a preocupação com os diversos pensamentos éticos em todo o mundo, colocando aqui uma força normativa para que se cumpra de forma única com os objetivos da proteção internacional. Com o mesmo entendimento, cita-se o preceito do artigo 1º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que diz:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (SALIBA, 2013, p. 193).

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, também defendem que “o respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade” (MENDES; BRANCO, 2016, p. 197). Portanto, é nítida a responsabilidade humanitária mundial em relação aos refugiados, uma vez que são destinatários, indiscutivelmente, da dignidade humana e merecedores do apoio necessário para o seu recomeço, como cidadão, como ser humano e como ser de direitos e deveres.

5 Os refugiados no contexto jurídico brasileiro: reafirmando a abordagem dos “direitos humanos”

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais de direitos humanos, entre eles a Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados. Com a síntese de André de Carvalho Ramos (2014, p. 147) a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados foi aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 11, de 7 de julho

de 1960. Em 15 de novembro de 1960 a Convenção foi promulgada pelo Decreto nº 50.215, de 28 de janeiro de 1961. O Protocolo de 1967 foi promulgado internamente com o Decreto nº 70.946, de 7 de agosto de 1972. Em 1997, foi instituída no Brasil, a Lei nº 9.472, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Esta lei em seu artigo 1º reconhece como refugiado o indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 2021).

Assim, refugiado é o indivíduo com temores de perseguição em sentido amplo e, que esteja fora de seu país de nacionalidade, não seja ou não queira ser protegido por este. Igualmente, refugiado é aquele que não queira regressar por motivos de perseguição em todos os sentidos e também ser obrigado a deixar seu país por graves violações de direitos humanos. Para dar assistência aos refugiados, o Brasil instituiu o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão pertencente ao Ministério da Justiça (tem por finalidade a organização e auxílio dos refugiados no Brasil). Segundo os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), a cada ano:

O número de solicitações de refúgio aumentou mais de 2.868% entre 2010 e 2015 (de 966 solicitações em 2010 para 28.670 em 2015). A maioria dos solicitantes de refúgio vem da África, Ásia (inclusive Oriente Médio) e o Caribe. De acordo com o CONARE, o Brasil possui atualmente (abril de 2016) 8.863 refugiados reconhecidos, de 79 nacionalidades distintas (28,2% deles são mulheres) – incluindo refugiados reassentados. Os principais grupos são compostos por nacionais da Síria (2.298), Angola (1.420), Colômbia (1.100), República Democrática do Congo (968) e Palestina (376). (BRASIL, 2021).

Com os enfrentamentos na Síria, hoje o mundo conta com quase 5 milhões de refugiados, advindos deste país, e que provoca a pior crise humanitária dos últimos 70 anos, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). A dignidade da pessoa humana é princípio que leva aos direitos fundamentais no Brasil, está prevista na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da república, elencada precisamente no artigo 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 2021).

Tem-se ainda, no Brasil, a disposição do artigo 5º da Constituição da República de 1988, que diz:

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: [...] (BRASIL, 2021).

Conforme o dispositivo acima, analisa-se os estrangeiros, como gênero, e quando residentes têm os mesmos direitos que os brasileiros. No

caso dos refugiados, que são espécies de estrangeiros, por interpretação dos dispositivos constitucionais citados, tem-se uma ampla garantia. Portanto, a de se convir que, mesmo diante de vários questionamentos quanto a permanência dos refugiados nos países que os acolhem, é de uma evidência tremenda que deverá ser-lhes garantido todos os direitos legais. No entendimento de André de Carvalho Ramos, a dignidade da pessoa humana se divide em dois elementos e cada um deles está na Constituição Federal de 1988 de modo a se completarem, da seguinte forma:

Há dois elementos que caracterizam a dignidade humana: o elemento positivo e o elemento negativo. O elemento negativo consiste na proibição de se impor tratamento ofensivo, degradante ou ainda discriminação odiosa a um ser humano. Por isso, a própria Constituição dispõe que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III) e ainda determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (art. 5º, XLI). Já o elemento positivo do conceito de dignidade humana consiste na defesa da existência de condições materiais mínimas de sobrevivência a cada ser humano. Nesse sentido, a Constituição estabelece que a nossa ordem econômica tem “por fim assegurar a todos existência digna” (art. 170, caput). (RAMOS, 2014, p. 66).

No viés da ética pós-moderna, mais nítido são esses direitos, em uma ética que não mais individualiza o ser, valorizando a sociedade e a convivência entre os seres humanos, eliminando o ser do “eu” e evoluindo para o ser dos “nós” na visão de humanidade.

Nesse aspecto, o direito tem a capacidade de suprir a ética, e esta também supre este direito. Indaga-se, pois, se seria correto abandonar crianças e mulheres, pais de família, que que são oriundos de um território de conflitos, onde o caos está instalado? Não, uma vez que a esfera da moral é mais ampla que o direito. Ela abrange o interno, os sentimentos, os instintos de cada ser humano em relação, agora, à sociedade.

Existe, portanto, a obrigação, não só do Brasil, de respeitar as orientações acerca dos Direitos Universais do Homem, mas sim de todo um mundo, que passa por uma complexa transformação religiosa e de pensamentos, onde a globalização mostra àqueles que vivem em conflitos, a possibilidade de viver melhor e poder usufruir de uma vida digna em condições se ser reconhecido como um ser humano livre.

6 A proteção aos refugiados como medida de segurança nacional: o combate ao terrorismo

Muitos países que recebem ou receberam os refugiados estão agora enfrentando outro problema, supostamente a entrada de terroristas juntamente com os refugiados. Os conceitos são distintos e é preciso diferenciá-los. Como já foi dito, refugiado é aquela:

Pessoa que é perseguida ou tem fundado temor de perseguição; por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e encontrasse fora do país de sua nacionalidade ou residência; e que não pode ou não quer voltar a tal país em virtude da perseguição ou fundado temor de perseguição. (RAMOS, 2014, p. 147).

Já o terrorista, tem por objetivo, praticar ações criminosas com o fim de levar o terror para toda a sociedade, com propósitos variados, a fim de atingir o maior número de pessoas possíveis. O maior desafio enfrentado agora, é convencer os países a abrirem suas fronteiras para que refugiados e, não terroristas, adentrem e ali permaneçam, cumprindo-se com os objetivos da dignidade da pessoa humana e mantendo esses seres humanos protegidos da violência.

Na Europa, hoje, são milhões de refugiados, e alguns países já começam a recusar a entrada desses refugiados em seu território, pelos ataques terroristas na França e na Bélgica, aumentando a preocupação com seus nacionais. É de se entender essa preocupação e realmente cada

país como soberano que é, deve proteger seu território e oferecer segurança e qualidade de vida àqueles que ali estão. Para que não ocorra esse fechamento de fronteiras, políticas públicas deverão ser colocadas em prática. Importante é citar, como exemplo, o aumento na segurança de fronteiras, que já está sendo ampliada por alguns países. É preciso oferecer dignidade a essas pessoas, e os chamados acampamentos ou assentamentos não oferecem plenamente a segurança, a saúde, a educação necessária a se cumprir com as imposições dos tratados internacionais sobre os direitos humanos, os direitos humanitários e os direitos dos refugiados.

Visualiza-se, pois, um duplo abandono em relação a esses refugiados quando países fecham suas fronteiras. Assim, não nos deixa dúvidas a intervenção dos órgãos de assistência internacional e conseqüentemente uma discussão política sobre os motivos da recusa. Em verdade, a tolerância deve prevalecer e as recomendações são de que, eticamente e moralmente, todos os que necessitam de um abrigo, de uma nova morada, devem ser atendidos. Por imposição do artigo 14, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, “toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e gozar asilo em outros países” (SALIBA, 2013, p. 237).

É nesse diapasão que se analisa a questão da responsabilidade dos países, seja no aspecto jurídico ou social. Notadamente, a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, em vários momentos direciona os Estados contratantes a aplicar os direitos dos refugiados expressos na referida convenção. Como exemplo, o artigo 3º, que impõe a não discriminação, dizendo que “os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem”. Ainda assim, sobre os direitos de propriedade, o art. 13, da Convenção sinaliza que:

Os Estados contratantes concederão a um refugiado um tratamento tão favorável quanto possível, e de qualquer maneira um tratamento que não seja desfavorável do que o que é concedido, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral, no que concerne à aquisição de propriedade móvel ou imóvel e a outros direitos a ela referentes, ao aluguel e aos outros contratos relativos à propriedade móvel ou imóvel. (EDWARDS, 2021).

É preciso vislumbrar a possibilidade de o refugiado contribuir com a economia do país de refúgio, de forma a se autossustentar e é o que define o artigo 17, 1, da Convenção, dizendo que “os Estados Contratantes darão a todo refugiado que resida regularmente no seu território o tratamento mais favorável dado, nas mesmas circunstâncias, aos nacionais de um país estrangeiro no que concerne ao exercício de uma atividade profissional assalariada”. (EDWARDS, 2021).

Além dos vários direitos apresentados pela Convenção, existem os “deveres para com o país em que se encontra, os quais compreendem notadamente a obrigação de se conformar às leis e regulamentos, assim como às medidas tomadas para a manutenção da ordem pública” (EDWARDS, 2021)., segundo o seu artigo 2º.

Portanto, o trabalho ético e moral feito por múltiplos organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Anistia Internacional, além de órgãos internos dos países contratantes, não pode ser colocado em desapareço, por se considerar todo refugiado um possível ou certo terrorista. Essa questão ultrapassa a linha racional, da interpretação literal de normas internas.

Discute-se, aqui, vidas humanas! Nesse sentido, defende-se que os governos estipulem medidas urgentes, que solucionem, primeiramente, a questão do acolhimento dos refugiados, pois a vida humana é prioridade e elas, nesse caso, estão se perdendo, e já em segundo plano, mas também com sua importância, a questão da segurança desses países refugiados,

observando sempre a dignidade humana quanto as recusas ao recebimento de refugiados.

7. Considerações finais

Ética e Direito andam juntos. A contemporaneidade sinaliza que os problemas humanos serão resolvidos com o tempo, sem ilusões, com o fim de solucionar os conflitos e obter suas respostas. Nessa perspectiva, é que vislumbramos uma maior preocupação com a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos advindo dela.

Voltando aos ensinamentos de Adolfo Sánchez Vázquez, o doutrinador nos remete à ética, como a ciência do comportamento moral da sociedade. Através disso afirmamos que o direito é ramo da moral e da ética. Os dois, ética e direito, têm a missão de manter um certo controle social, vez que, o primeiro, tem controle interno e pessoal, o segundo, resultado normativo desse controle interno e pessoal que forma a sociedade.

A dignidade da pessoa humana, protegida por órgãos e convenções de direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados, mais do que uma imposição normativa/tratativa, é a proteção ética do ser humano. A dignidade é inerente ao homem e por um outro viés, percebe-se que a ética também, através da moral, mesmo que uns tenham mais e outros menos.

Com isso, a responsabilidade mundial em acolher os refugiados, com base na dignidade da pessoa humana, como direito universal e transnacional é tão importante. Além de um dever ético, é um dever normativo e humanitário. Não se pode julgar o todo, por uma minoria revolucionária, extremista e, que só deseja provocar o terror utilizando-se de preceitos religiosos e políticos. É preciso abrir os olhos, não fechá-los,

para crianças, idosos e homens que desejam trabalhar e viver uma vida digna. Afinal, são seres humanos perseguidos, por seu próprio país que lhe fecha as portas.

No Brasil, preceitos constitucionais impõe o trato aos estrangeiros que aqui chegam. O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, define como fundamento da república a dignidade da pessoa humana. Já no artigo 5º, também da Constituição Federal de 1988, impõe a igualdade do estrangeiro, e que com uma interpretação *lato sensu*, também abrange refugiados que aqui chegam.

Conclui-se, pois, que é de responsabilidade humanitária mundial a proteção e acolhimento de refugiados, em respeito à dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e o bem-estar do ser humano; em respeito aos valores éticos e morais existentes em cada ser humano e em cada sociedade. Defende-se ainda as políticas públicas eficazes e a união de esforços para que a dignidade humana seja respeitada, com o acolhimento dos refugiados que sofrem com a saída forçada de sua nação por diferentes “guerras” e “razões”.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Ética pós-moderna**. Zygmunt Bauman; tradução João Rezende Costa. São Paulo: Paulus, 1997.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ministro Relator: Eros Roberto Grau. MS 26.690, Julgamento em 03/09/08, Diário de Justiça, Brasília, 19 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>>. Acesso em: 10 jan. 2021.

EDWARDS, Adrian. Alto comissariado da ONU para refugiados. **Refugiado ou Migrante?**

O ACNUR incentiva usar o termo correto. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2015/10/01/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto/>>. Acesso em: 11 jan. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos** / André de Carvalho Ramos. São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, Miguel, 1910. **Lições preliminares de direito**. 27. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

SALIBA, Aziz Tuffi. **Legislação de direito internacional**. (Coleção de leis Rideel. Série compacta). 8. Ed. - São Paulo: Rideel, 2013.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. 4. Ed. Editorial Crítica S.A. Barcelona, 1984.

Capítulo 30

Judicialização da saúde em face da pandemia de Covid-19

*Douglas Gonçalves Pimentel
Marcos Henrique Fernandes Júnior
Herman Nebias Barreto*

1 Introdução

Atualmente, o surgimento da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) ocupa o cerne dos debates dentre os assuntos mais relevantes a nível mundial, notadamente em razão de ser um fenômeno nunca antes vivenciado pela humanidade ao longo da história de combate às doenças patológicas. A nova realidade apresentada acarretou desafios e obstáculos inéditos, na medida em que não existiam planos estratégicos prontos para serem aplicados em uma pandemia no cenário mundial.

Conforme dados recentes fornecidos pela Universidade John Hopkins, Imperial College London e Organização Mundial de Saúde (OMS), o número de casos provenientes dessa doença é de aproximadamente 157.860.036, sendo que deste total, 15.586.534 são número (s) de casos confirmados no Brasil. A OMS, o Ministério da Saúde do Brasil, *The Centers for Disease Control and Prevention* (CDC, Estados Unidos) e outras organizações nacionais e internacionais têm recomendado a aplicação de planos de contingência semelhantes ao da gripe (influenza) de 1918 devido semelhanças clínicas e epidemiológicas entre estes vírus respiratórios. (HOPKINS, 2021)

O direito à saúde no Brasil, elencado como direito fundamental pela Carta Magna, no art. 6º e arts.196 ao 200, é um direito-dever do Estado e da sociedade com o cidadão, efetivado por meio de políticas econômicas e

sociais direcionadas a reduzir o risco de doença, outras moléstias e garantir acesso universal e igualitário às práticas e serviços para promoção e proteção deste direito. Neste sentido, a implementação do Sistema Único de Saúde (SUS) visa estabelecer a coordenação e execução de políticas públicas, para promoção e proteção da saúde no Brasil, constituindo relevante matriz organizatória e procedimental.

Considerando a realidade brasileira, percebe-se que o cidadão, principalmente das classes menos favorecidas, encontra diversos empecilhos para exercer seus direitos garantidos na Constituição e legislação infraconstitucional. Assim, após a promulgação da Carta Magna de 1988 e, mais especificamente, no que diz respeito ao direito à saúde, a justiça brasileira vem sendo acionada para fazer valer tal garantia, muitas vezes negligenciada pelo Poder Público. Dessa forma desencadeou-se o fenômeno da judicialização no Brasil que na definição de Maria Célia Dedulque, Sandra Alves Maria e Nicolão caracteriza-se como:

Um fenômeno político-social, no sentido do alargamento das possibilidades de ação junto ao Poder Judiciário, e o aumento exponencial do número de demandas, de caráter individual, interpostas junto a esse poder, que versam sobre questões de saúde. (DEDULQUE, *et al*, 2013, p. 187)

O fenômeno da judicialização da saúde expandiu-se significativamente a partir da segunda metade da década de 90 em virtude de inúmeros problemas relacionados à escassez e má gestão de recursos financeiros e materiais destinados às políticas de saúde pública. Apesar da criação do SUS e da diversificação do mercado de empresas privadas de saúde a fruição do direito à saúde continuou apresentando desafios e problemas, suscitando um intenso debate sobre o seu alcance e efetividade. Em face da prestação inexistente ou precária de bens e serviços de saúde pelos entes da Federação ou por empresas privadas a

exigibilidade judicial do direito à saúde passou por profunda transformação. O Poder Judiciário, em uma reviravolta interpretativa, passou a considerar o direito à saúde como um direito social cujas prestações não dependiam somente de juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Com o abandono da antiga tese do direito à saúde como mera norma programática a litigação judicial para concretização de direito à saúde intensificou-se enormemente.

Na atual conjuntura de estado de calamidade pública, devido à pandemia do coronavírus (Covid-19), a incidência de litígios desta natureza cresce de forma exponencial, evidenciando ainda mais, as falhas estruturais da saúde brasileira, sobretudo, relacionadas às desigualdades regionais e socioeconômicas. O Estado encontra-se diante de um impasse, pois tem o dever de implementar políticas públicas de enfrentamento ao Covid-19 e, concomitantemente, gerir as demandas judiciais individualizadas em detrimento da coletividade, tendo em vista que a prestação da saúde envolve recursos escassos em uma sociedade complexa.

O advento desta pandemia ao redor do mundo vem exigindo dos governantes atuações emergenciais, incisivas e coordenadas com tomadas de decisões que envolvem uma série de restrições aos direitos constitucionais. A falta ou deficiência dessas medidas vêm ensejando a provocação do Poder Judiciário para atuar neste cenário.

2 Contextualização da judicialização da saúde no Brasil

O presente estudo tem como objetivo analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil, diante do quadro pandêmico do novo coronavírus (COVID-19) atualmente vivenciado no Brasil, traçando um breve histórico sobre sistema público de saúde nacional, as ações de

enfrentamento à pandemia pelo Poder Público e a atuação do Poder Judiciário neste contexto.

A elaboração do artigo científico realizou-se através da consulta de dados estatísticos disponibilizados em sites oficiais, análise dos estudos de doutrinadores do Direito acerca do conceito de judicialização e de especialistas sobre o tema da saúde pública. Foram objeto de análise, também, julgados relevantes do Supremo Tribunal Federal que tratam de matérias novas que vêm sendo judicializadas.

A problemática atrelada ao acesso aos serviços de saúde ou sua falta constitui, no mundo inteiro, assim como no Brasil, alarmante paradoxo entre direito constitucionalmente garantido e a realidade que impõe um contexto de escassez de recursos para assegurar referidos direitos. Vale ressaltar as tensões que esse contexto impõe na relação entre o Estado e a sociedade civil, independentemente do grau de desenvolvimento econômico e social.

Não obstante todas as conquistas alcançadas através da mobilização da sociedade civil no âmbito de direitos sociais, inaugurou-se um período de perdas e retrocesso de direitos em prol de uma agenda neoliberal implementada pelo governo brasileiro na época da abertura política no país, em meio ao contexto de globalização econômica na década de 90. (ROSETTI, 2000, p.14)

A Constituição Federal de 1988 elencou o direito à saúde como um direito protegido pelo princípio da universalidade e da responsabilidade solidária de modo que o Estado tem o dever de implementar políticas públicas e econômicas que abranjam toda a sociedade para salvaguardar, a vida, saúde, bem estar e a dignidade humana dessas pessoas. Como resultado de anos de litigação pelo direito à saúde essa responsabilidade solidária entre os entes da Federação foi discutida no tema nº 793 de repercussão geral no STF:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro", nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencido o Ministro Marco Aurélio, que não fixava tese. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 23.05.2019. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019, p.165).

Apesar desse avanço no reconhecimento da responsabilização solidária dos entes da Federação, existe ainda um acentuado nível de exclusão e desigualdade no acesso ao sistema público à saúde. Assim, o cidadão que necessita dos serviços públicos de saúde vale-se do Poder Judiciário para garantir seu direito:

O estudo sobre a história da saúde pública revela o tratamento desigual a que esteve submetida a população brasileira, caracterizando-se pela ausente ou pouca intervenção do Poder Público e a restrição de serviços de saúde a determinadas classes sociais. (SANTOS, 2013, *apud*, BERTOLLI FILHO, p.1)

Um dos marcos importantes do início da judicialização da saúde no Brasil nos anos 90 foi a litigação por terapias médicas e fármacos para o tratamento das pessoas infectadas pelo vírus da AIDS (HIV) em face dos entes estatais. As ações movidas pelos indivíduos acometidos dessa doença tiveram respaldo no texto constitucional que estabelece a saúde como direito fundamental, inerente à dignidade da pessoa humana, tendo em vista o compromisso do poder público em propiciar assistência gratuita e universal de forma igualitária para toda população. Dessa forma explicam Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:

Em sentido amplo abrange a consecução de medidas para salvaguarda do direito e da própria saúde dos indivíduos (deveres de proteção), bem como a organização de instituições, serviços, ações, procedimentos, enfim, sem os quais não seria possível o exercício desse direito fundamental (deveres de organização e procedimento). Em sentido estrito (acompanhando aqui a terminologia proposta por Robert Alexy) a dimensão prestacional traduz-se no fornecimento de serviços e bens materiais ao titular desse direito fundamental (atendimento médico e hospitalar, entrega de medicamentos, realização de exames de mais variada natureza, prestação de tratamentos, ou seja, toda uma gama de prestações que tenham por objeto assegurar a saúde de alguém). (SARLET, 2011, p. 323)

Não obstante os conflitos que possam surgir da colisão entre os direitos fundamentais em virtude da judicialização, é necessário que o Estado, através da demonstração da limitação de referidos direitos, encontre a solução adequada com base em fundamentação constitucional para solucionar os conflitos em questão. (SARLET, 2007, p. 200)

2.1 Implementação de políticas públicas relacionadas à saúde

O aperfeiçoamento das ações do governo na área da saúde apresenta um longo caminho, percorrido através de políticas públicas que permitiram a construção do nosso sistema único de saúde, numa trajetória relativamente recente. Conforme apresentação a seguir exposta, será possível observar de certo modo as diretrizes governamentais que pavimentaram o caminho para a instauração do SUS. (ANDRÉ; LUIZ, 2000, p. 5)

Em 1923 foram criadas as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP) através da Lei Elói Chaves, com as primeiras instruções sobre a necessidade de atender às necessidades dos trabalhadores. Os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPS), criadas no governo de Getúlio Vargas

em 1932, atendeu às exigências dos trabalhadores, no período de consolidação dos processos de industrialização e urbanização nacional.

No ano de 1965, com a unificação do IAPS, surgiu o INPS, caracterizado pela acentuada compra de serviços assistenciais do setor privado, sendo modelo com notável reflexo na constituição do SUS. Em seguida, foi criado o Sistema Nacional de Previdência Social (SIMPAS), no qual estabeleceu-se o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), como órgão àquele vinculado e caracterizado pela compra de serviços médico hospitalares do setor privado. Ainda que passados 20 anos de sua criação, os fundamentos deste modelo sobreviveram até a criação do SUS.

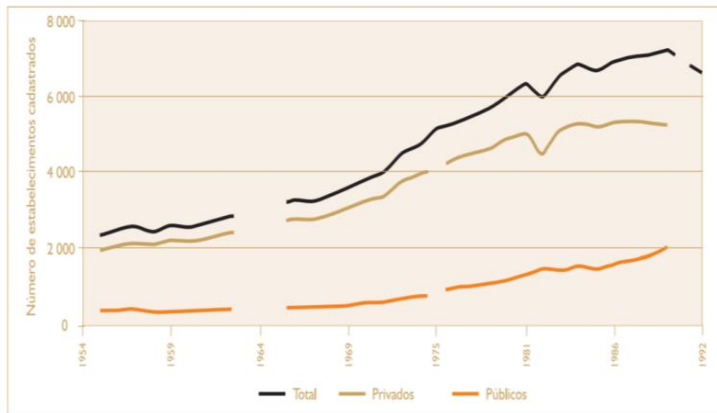
Tendo em vista a necessidade de integração das instituições públicas de saúde nas diferentes esferas de governo, foi implementado o Programa de Ações Integradas de Saúde (PAES), em 1982. A proposta deste programa era dar ênfase à atenção primária, priorizando a rede pública de serviços de saúde com complementação da rede privada, visando à racionalização da utilização de procedimentos de alto custo. Considerada uma das principais marcas programáticas do SUS, possibilitou a promoção de convênios com o Ministério da Previdência e Assistência Social, Ministério da Saúde e Secretarias de Estados de Saúde. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2007, p.36)

A partir de 1986 sucederam os passos mais importantes e decisivos que possibilitaram a implantação do SUS, com a realização da VIII Conferência Nacional de Saúde e, no ano subsequente, a fundação dos Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS). Neste sentido, em um contexto de redemocratização e efervescência dos movimentos populares, ocorreram intensos debates sobre o acesso à saúde no Brasil, que abriram caminho para sistemas de saúde municipais precursores da implementação do SUS, a partir de um processo em transição. (REGINA,

2005, p. 90). Nos gráficos abaixo, vê-se o desenvolvimento do sistema de saúde brasileiro:



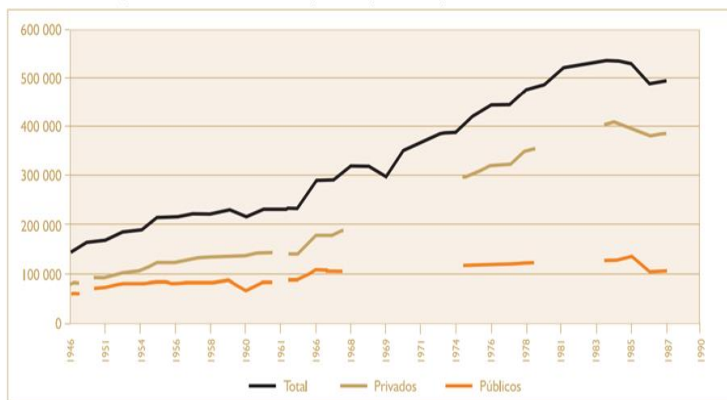
Gráfico I - Evolução do número de hospitais públicos e privados - Brasil - 1955/1992



Fonte: Anuário estatístico do Brasil 1955. Rio de Janeiro: IBGE, v.16, 1955; Anuário estatístico do Brasil 1959. Rio de Janeiro: IBGE, v. 20, 1959; Anuário estatístico do Brasil 1969. Rio de Janeiro: IBGE, v. 30, 1969; Anuário estatístico do Brasil 1975. Rio de Janeiro: IBGE, v. 36, 1975; Anuário estatístico do Brasil 1981. Rio de Janeiro: IBGE, v. 42, 1982; Anuário estatístico do Brasil 1986. Rio de Janeiro: IBGE, v. 47, 1987; Anuário estatístico do Brasil 1992. Rio de Janeiro: IBGE, v. 52, 1992.



Gráfico 2 - Evolução do número de leitos hospitalares públicos e privados - Brasil - 1946/1988



Fonte: Anuário estatístico do Brasil 1946-1987/1988. Rio de Janeiro: IBGE, v. 7 - 48, 1947-1988.

De acordo com os dados acima fornecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), é possível perceber a evolução do sistema de saúde brasileiro e o aumento de investimentos no setor.

2.2 Histórico envolvendo a criação do SUS

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi inserido no texto constitucional no título, “Da Ordem Social”, com o objetivo de tratar a saúde como direito ao bem-estar completo e complexo, levando em consideração as dimensões de garantia de acesso universal e igualitário. A implantação do SUS foi favorecida pela legitimidade do controle social e pelo ideal de democracia participativa que a redemocratização do país e a instauração de um Estado democrático de Direito consolidaram, o que exigiu mudanças nas relações de poder entre o poder público e os cidadãos no contexto político do final dos anos 80. (PAULA, 2006, p.35)

Por conseguinte, sucedeu a regulamentação da lei n.º 8080 de 19 setembro de 1990, que dispõe sobre as condições de promoção, proteção e recuperação da saúde, organização e serviços correspondentes. Logo em seguida, foi editada a Lei n.º 8.142 de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade no SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros, fundando também os conselhos de saúde estaduais (Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e municipais (Conselho Nacional de Secretários de Saúde).

Na sequência do declínio do modelo político econômico praticado pelo regime militar e pela pressão exercida pelos movimentos sociais, ocorreu a readequação da realidade política, social e econômica da época estabelecendo um novo modelo de Estado para o país. Além da instituição do SUS, os setores populares reivindicavam por ampla democracia e direitos sociais. A assistência à saúde pelo Estado era insuficiente devido à falta de investimentos consideráveis no âmbito da saúde pública.

Neste contexto, firmou-se o desafio de implementar políticas públicas de saúde, considerando o momento histórico marcado pela conjuntura político-econômica nacional e internacional extremamente adversa do neoliberalismo. Apesar das dificuldades estruturais do modelo médico-assistencial privatista, da profunda desigualdade social e da predominância dos ideais conservadores naquele período, ocorreram avanços no processo de descentralização da saúde no Brasil, envolvendo a transferência de serviços, poder e recursos para as esferas estadual e municipal.

Assim foram criadas as Normas Operacionais Básicas de Saúde (NOB's), que consistiam em portarias editadas pelo Ministério da Saúde com o intuito de fomentar a descentralização das políticas públicas de saúde a nível municipal e estadual, haja vista que, até então, tais políticas eram monopolizadas pela União, sendo que tal quadro só se reverteria após longos debates propiciados pela IX Conferência de Saúde em 1992, bem como, as edições das (NOB's) 91, 93 e 96, que serviram de instrumentos catalisadores dessa descentralização em 1998. (MARQUES, 2019, p.59)

Não obstante os significativos avanços alcançados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), ainda na década de 90, constituindo relevante progresso na esfera política, as contradições decorrentes da orientação neoliberal das políticas públicas do Estado em relação ao financiamento de recursos destinados à saúde em razão de cortes e subinvestimentos, prejudicaram as demandas relacionadas a prestação de serviços básicos de saúde. (SALLES, 2008. p.17-21)

Neste contexto, além da estagnação, houve também retrocessos nas políticas de assistência social firmados pelo constituinte na Carta Magna de 1988, dificultando o cumprimento do dever do Estado de sorte a

garantir a efetivação dos direitos sociais, políticos e econômicos, incluindo o direito fundamental à saúde, conforme assevera Olinda do Carmo Luiz:

Acompanhando os direitos fundamentais, a saúde aproxima-se da ideia central de qualidade de vida e constitui um dos elementos da cidadania. Direito à cura e à prevenção de doenças, mas também a uma vida saudável, aos benefícios do desenvolvimento, tanto quanto ao trabalho e à alimentação adequada. Para além do acesso aos serviços de assistência médica, o direito à saúde requer relações sociais que possibilitem a qualidade do cotidiano e assume uma posição auto-reflexiva, relacionada à vida, não apenas à sobrevivência, mas a uma vida qualificada pelo usufruto dos benefícios da cidade. (LUIZ, 2005, p. 74)

Este fenômeno se deu através de uma política macroeconômica voltada para o mercado, priorizando a privatização dos direitos sociais tidos como dispendiosos custos aos cofres do Estado. Essa foi a principal característica da atuação do Estado no plano social provocando notória violação de direitos, principalmente no período da década de 90 a 2000, com implicações significativas na política de saúde, relativizando-a como direito fundamental e reduzindo-a a um produto a ser comercializado no mercado. (MARIA, 2014, p. 62)

Neste cenário, explica-se o surgimento das demandas judiciais com o propósito de garantir o direito à saúde em face às contradições acarretadas pela adesão a um modelo político-econômico que contradiziam os encargos constitucionais do Estado, criando óbices ao acesso à saúde e favorecendo o aumento das desigualdades sociais. Esse é a razão pela qual a judicialização consolida-se e ganha projeção ano após ano a partir do início da década de 90. (SOUZA, 2016, p. 1-16)

3 Judicialização da saúde em face da pandemia do Covid-19

Como se referiu acima, o início do processo de judicialização da saúde no Brasil foi assinalado pela litigação para obtenção de medicamentos e tratamentos médicos por pessoas infectadas com o vírus HIV/Aids. (SULPINO, 2020, p. 26). Naquele período a litigação por fármacos foi preponderante, considerando a totalidade das demandas judicializadas.

Considerando-se o conjunto das ações judiciais, observa-se que a principal demanda relativa ao SUS é por medicamentos. Do total de acórdãos publicados por tribunais de justiça no período de 2008 a 2017 e classificados como de judicialização da saúde (164.587 acórdãos), 69% tinham os medicamentos por objeto. A distribuição dos acórdãos por assunto, no total de acórdãos dos tribunais de justiça, do TRF1, do TRF4 e do TRF5, para a judicialização da saúde como um todo, foi a seguinte: medicamentos (71,4%), órteses, próteses e materiais especiais - OPME (61,1%), exames (53,4%), leitos (45,6%) e procedimentos (45,2%) (INSPER, 2019 *apud* VIEIRA, 2020, p. 28)

Segundo dados da pesquisa “Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e proposta de solução”, realizada pelo CNJ, em parceria com o Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER), entre 2008 e 2017, houve um aumento de 130% no número de demandas judiciais referentes à saúde. Outra pesquisa do relatório “Justiça em Números” demonstra que foram ajuizadas 474.429 novas ações relacionadas à saúde, em 2019. (OTTINI, 2020)

Mesmo antes da pandemia do COVID, conclui-se que não houve redução de números de demandas judiciais relativas ao direito à saúde. Segundo estudos do magistrado federal, Clênio Jair Schulze, o aumento dos casos em 2019 foi pouco significativo, porém já anunciava a possibilidade de ocorrer uma explosão de casos a partir de 2020, devido a interrupção de procedimentos que se acumulariam para o futuro.

Provavelmente surgiriam novas demandas relacionadas às consequências do isolamento social, como por exemplo, casos atinentes à saúde mental, afirmava o magistrado. (JAIR, 2020)

No intuito de monitorar as demandas relacionadas à saúde no âmbito COVID-19, o Supremo Tribunal Federal criou a ferramenta “Painel de Ações Covid-19”, que tem a finalidade de informar, em tempo real, os julgados que chegam ao conhecimento da Corte, bem como, suas decisões. Nas demandas recebidas até abril de 2021 o STF publicou 10.025 decisões judiciais de assuntos associados a COVID. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

A disponibilidade destes dados viabiliza o acompanhamento da evolução dos casos e seus desdobramentos, bem como, possibilita estabelecer diretrizes para que o Poder Judiciário possa lidar com essas demandas de maneira mais assertiva e rápida perante à sociedade. Dessa forma, almeja-se evitar decisões conflitantes de modo a proporcionar meios para solucionar os litígios.

O presidente do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (CONASEMS), Wilames Freyre afirma que a intervenção do judiciário no sistema de saúde através de demandas individualizadas causam complicações, pois, segundo sua análise as decisões em matéria de saúde são mais razoáveis quando consideram uma conjuntura mais abrangente, devido a estarem vinculadas à adoção de políticas públicas voltadas para o tema. Neste sentido, medidas judiciais interpostas de forma isolada provocam distorções e não, necessariamente, garantem melhores resultados para a coletividade. (CONASEMS, 2020). Segundo a professora Sílvia Badim mestre e doutora em Direito Sanitário:

O exercício do direito à saúde, positivado em nosso ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, vem ganhando contornos nunca vistos,

compelindo magistrados, promotores de justiça, procuradores públicos, advogados, entre outros operadores do direito, a lidarem com temas oriundos do Direito Sanitário e da política pública de saúde, nos três níveis de governo. E, também, compelindo gestores públicos de saúde a lidarem com a garantia efetiva deste direito social, em cada caso individual apresentado, através de uma determinação oriunda do Poder Judiciário que, muitas vezes, contrasta com a política estabelecida em matéria de assistência à saúde e com a própria lógica de funcionamento do sistema político. Se, por um lado, a crescente demanda judicial acerca do acesso a medicamentos, produtos para a saúde, cirurgias, leitos de UTI, dentre outras prestações positivas de saúde pelo Estado, representa um avanço em relação ao exercício efetivo da cidadania por parte da população brasileira, por outro, significa um ponto de tensão perante os elaboradores e executores da política no Brasil, que passam a atender um número cada vez maior de ordens judiciais, garantindo as mais diversas prestações do Estado. Prestações estas que representam gastos públicos e ocasionam impactos significativos na gestão pública da saúde no país. (SILVIA, 2008, p. 65)

Por outro lado, percebemos que torna-se indispensável a manifestação do Poder Judiciário quando há iminente risco de violação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o STF, no julgamento da ADPF n.º 770, decidiu favoravelmente aos Estados que também têm competência para prover vacinas à população, em caso de descumprimento, por parte do governo federal, do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra Covid-19. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020, p. 14).

Essa decisão referendou liminar do Ministro Ricardo Lewandowski, que ressaltou a necessidade urgente de atuação incisiva e proativa dos agentes públicos em todas as esferas de governo diante da magnitude da atual pandemia, bem como autorizou aos entes federados importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma autoridade sanitária estrangeira, caso a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) não observe o prazo de 72 horas para expedição da autorização.

O Poder Judiciário, nessa situação, ocupa lugar de destaque, considerando o impacto das decisões judiciais na implementação de políticas públicas de saúde. O controle judicial configura tema sensível, nas diversas instâncias do judiciário, e suscita debates significativos no que diz respeito à relação entre a autocontenção e o ativismo judicial. Dessa forma, como devem proceder os magistrados ao decidirem sobre o tema de modo a não causar impactos negativos na condução das políticas de enfrentamento da Covid-19? Segundo a visão do jurista e constitucionalista Luís Roberto Barroso, ativismo judicial é entendido como:

[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (BARROSO, 2009, p.11-22.)

No entanto, de acordo com o professor Lênio Streck esse fenômeno caracteriza uma postura proativa da Suprema Corte e conclui que ela:

[...] relaciona o ativismo com a discricionariedade, ressaltando que o ativismo judicial para “defesa” dos direitos fundamentais apenas reproduz, na contemporaneidade, os mesmos conceitos que engendram o conceito de discricionariedade. Tal fato mostra-se preocupante porque a forma com que se pratica a discricionariedade no Brasil se aproxima, no campo da linguagem, da arbitrariedade (STRECK, 2017, *apud* COPETTI NETO; CIRNE, p. 268).

Portanto, no intuito de solucionar essa e outras questões relacionadas ao combate do coronavírus, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), publicou a recomendação nº 66, de 13/05/2020, que em seu art. 3º dispõe:

Art. 3º Recomendar a todos os juízos com competência para o julgamento sobre o direito à saúde que avaliem, com maior deferência ao respectivo gestor

do SUS, considerando o disposto na LINDB, durante o período de vigência do ‘estado de calamidade’ no Brasil. (BRASIL, CNJ, 2020)

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos artigos 20 a 23, recomenda a observância às consequências práticas, jurídicas e administrativas da decisão do magistrado. Nesse sentido, vale dizer que o Poder Judiciário deve considerar o que determina a Medicina e as demais Ciências da Saúde nas demandas ligadas à Judicialização da Saúde. (BRASIL, 1942)

Portanto, sob o aspecto das normas, percebemos certo direcionamento. Porém, do ponto de vista prático, ao lidar com a realidade de uma pandemia que ceifa milhares de vidas diariamente, podemos constatar que o protagonismo do Judiciário é benéfico para o país? O fenômeno da judicialização está sendo bem gerido neste momento peculiar da saúde brasileira?

Em relação à atuação do Governo Federal, ocorreram várias denúncias de omissão, por entidades civis como a Oxfam Brasil e a SBPC (Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência) que encaminharam representação ao Ministério Público Federal e ao Ministério Público do Tribunal de Contas da União, em 22 de julho de 2020. Elas apontam que a omissão governamental levou a população a abandonar protocolos causando o aumento do número de mortes em decorrência da Covid-19. (CONSULTOR JURÍDICO, 2020)

Em outro evento, foi enviada uma carta aberta à comunidade internacional pela Associação de Juízes para a Democracia (AIJ) junto às entidades da sociedade civil, com autêntico pedido de socorro diante de um cenário catastrófico de violação do direito à vida representada pela violência institucional. (SOUTO, 2021). Do mesmo modo, agiram seis entidades da sociedade civil signatárias do “Pacto pela Vida”, dentre elas a

OAB (Ordem dos Advogados do Brasil). Elas assinaram a carta intitulada “O povo não pode pagar com a própria vida!”, na qual apontam críticas à condução do governo federal no enfrentamento da pandemia da COVID-19 e a entregaram no dia 15/03/2021 ao Fórum Nacional de Governadores. Na carta as entidades afirmam:

A ineficiência do governo federal, primeiro responsável pela tragédia que vivemos, é notória. Governadores e prefeitos não podem assumir o papel de cúmplices no desprezo pela vida. Assim, apoiamos seus esforços para garantir o cumprimento do rol de medidas sanitárias de proteção, paralelamente à imunização rápida e consistente da população. (FERNANDA, 2021, p.1).

O executivo não respondeu satisfatoriamente às demandas provocadas pela pandemia que expôs suas ineficiências perante o quadro de contaminação acentuado. No entanto, o Judiciário interveio, numa postura ativista para garantir a defesa de direitos fundamentais diante da inércia do Governo Federal. Medidas essenciais foram tomadas para conter o avanço da doença, como, por exemplo, as ADPF's n.º 668 e n.º 669 do STF, que vedaram campanhas do governo que incentivavam a retomada de atividades plenas. (LUCCA, 2020)

Não obstante inúmeras críticas e ponderações atribuídas ao ativismo judicial, a atuação do Poder Judiciário preenche uma lacuna normativa, proveniente da ineficiência estatal neste cenário calamitoso e demonstra-se providencial no sentido de conter os danos causados pela irresponsabilidade do governo federal e, de alguns governadores e prefeitos. Em relação a falta de agir destes entes, vale ressaltar entendimento do jurista e Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

Vulnera-se a imperatividade de uma norma de direito quer quando se faz aquilo que ela proíbe, quer quando se deixa de fazer aquilo que ela determina.

Vale dizer: A Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação quanto por omissão. (BARROSO, 2006, p. 154).

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, (ADPF) n° 756, em 20 de janeiro de 2021, determinou que o governo federal disponibilizasse oxigênio e outros insumos necessários ao atendimento de pacientes internados nos hospitais de Manaus no Amazonas, bem como determinou a apresentação à Corte de um plano detalhado, com estratégias de enfrentamento da pandemia devido à gravidade da situação no Estado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021)

Esse caso evidencia, nitidamente, uma situação de violação do direito fundamental à saúde, previsto na Constituição, por omissão do governo federal que, por meio da Advocacia Geral da União, informou ao STF que o Ministério da Saúde sabia da falta de oxigênio desde 8 de janeiro de 2020, seis dias antes do insumo se esgotar em vários hospitais, ocasionando na morte de pacientes por asfixia. (CONSULTOR JURÍDICO, 2021)

Tendo em conta os aspectos observados, entende-se que é necessário uma análise mais detalhada e balizada dos efeitos que a atuação do Poder Judiciário alcança, no que se refere ao “fenômeno da judicialização” da saúde e, especialmente, neste momento atípico. É evidente que as ações até agora tomadas contribuíram para manutenção da ordem social e evitaram ou, na pior das hipóteses, contiveram as consequências nefastas decorrentes atos governamentais.

4 Exposição de julgados relevantes do STF acerca do Covid-19

Em relação às ações que foram impetradas perante a Suprema Corte, foram selecionados alguns julgados nos quais se verificou o fenômeno da judicialização da pandemia como no caso da ADPF n.º 672, na qual foi

reconhecida competência concorrente dos entes federados para poder deliberar sobre as melhores medidas a serem adotadas para conter os efeitos da COVID-19.

Essa ação, decidida em 13 de outubro de 2020, foi impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil em função da tentativa do governo federal de esvaziar e descaracterizar a atuação dos demais entes federados, no embalo da absurda campanha publicitária *O Brasil Não Pode Parar*". A campanha, veiculada por veículos oficiais, posteriormente foi excluída pelo próprio governo devido à Liminar da ADPF n° 669, concedida pelo Ministro Luís Roberto Barroso. (VITAL, 2020)

Dessa forma, o ministro Alexandre Moraes, relator da ADPF n.º 672, sob o entendimento de que não cabe ao Executivo afastar, de forma unilateral, as medidas de Estados, Municípios e Distrito Federal relativas ao isolamento social, em função da pandemia do Covid-19, observou as competências comum e concorrente previstas nos artigos 23, II, 24, XII e 25, §1º da Constituição Federal de 1988.

Noutro caso, o STF, no julgamento da Ação Cível Originária n° 3.475, movida pelo Estado da Bahia em face da União, deferiu, em 24 de março de 2021, tutela provisória de urgência, visando garantir recursos para o fornecimento de leitos de UTI, diante da urgência causada pela pandemia do coronavírus. Foram julgados em conjunto as ACO's n° 3.475 (Bahia), n° 3.473 (Maranhão) e n.º 3.474 (São Paulo). A decisão determinou que a União que analisasse imediatamente, pedidos de habilitação de novos leitos de UTI, formulados pelos Estados, junto ao Ministério da Saúde.

Já no julgamento das ADPF's, n° 714, n° 715 e n° 718, realizado em 17 de fevereiro de 2021, todas com pedido de medida cautelar, o Plenário do STF decidiu, por unanimidade, deferir, parcialmente, a medida que contesta o veto do Presidente da República a dispositivo da Lei 14.019/2020, que visava afastar o uso obrigatório de máscara de proteção

individual em estabelecimentos comerciais, industriais, templos religiosos, estabelecimentos de ensino e demais locais fechados em que haja reunião de pessoas.

Ao referendar a medida cautelar, parcialmente deferida de forma monocrática, pelo relator do processo, Ministro Gilmar Mendes, o plenário do STF ratificou a suspensão do veto presidencial. Assim, fica restabelecida a obrigatoriedade de manter boca e nariz cobertos por máscara de proteção individual, conforme legislação sanitária e na forma de regulamentação estabelecida pelo Poder Executivo Federal, para a circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, inclusive aqueles estabelecimentos anteriormente citados que foram objeto do referido veto presidencial.

Por fim, em decisão proferida em 17 de dezembro de 2020, o STF julgou, por maioria, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586, julgada em conjunto com a ADI 6.587, deferindo-a parcialmente, e conferindo interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, “d”, da Lei 13.979/2020. O dispositivo legal determina a realização compulsória de vacinação e outras medidas profiláticas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

O relator da ação, ministro Ricardo Lewandowski, afirmou que a obrigatoriedade da vacina é constitucional, desde que o Estado não adote medidas invasivas, aflitivas ou coativas. O ministro ressaltou, também, que vacinação compulsória não significa vacinação forçada, pois exige sempre o consentimento do usuário e condicionou a medida à observância de evidências científicas e análises de estratégias pertinentes para a eficácia dos imunizantes.

Considerando os julgados acima dispostos, levados ao crivo do Poder Judiciário, em função das consequências geradas pela pandemia,

percebemos que houve uma mudança em relação às matérias objeto de análise. Se, antes desse período, as questões que eram alvo de judicialização, basicamente, tratavam de planos de saúde, seguros, tratamento médico-hospitalar e/ou fornecimento de medicamentos, (inclusive, os de alto custo), agora, surgem novas demandas como isolamento-social, uso de máscaras, vacinação em massa e fornecimento de oxigênio em larga escala dentre outros casos que possam vir a surgir, tendo em vista que o cenário é ainda, incipiente e de complexa previsibilidade. (INSPER, 2019, p. 59- 60)

5. Considerações finais

O direito à saúde, no Brasil, foi elevado ao patamar de direito fundamental, pela Constituição Federal de 1988, através de um longo e árduo caminho percorrido pela sociedade civil. Os esforços despendidos por meio de muita luta evidenciaram as contradições daquele contexto nacional, entretanto, não impediram a conquista do cidadão perante o Estado que tem a responsabilidade de garantir esse direito subjetivo não obstante a complexidade das relações sociais e a extrema desigualdade do povo brasileiro.

Dessa forma, ao longo dos anos, foram sendo implementadas políticas públicas direcionadas à promoção e prevenção da saúde e, conseqüentemente, seu aperfeiçoamento e desenvolvimento desencadeando na consolidação do SUS, considerado um dos maiores avanços no que tange ao sistema público de saúde nacional, garantindo assistência integral e completamente gratuita. Os problemas e os desafios que se apresentam à instituição desse sistema decorrem, justamente, da incompatibilidade com o modelo político-econômico regido pela concentração de renda e completamente hostil ao acesso igualitário e democrático dos direitos sociais.

Tendo em vista a evolução do nosso sistema democrático e a conscientização da sociedade civil, em relação ao dever do Estado, o direito à saúde passou a ser demandado através da via judicial, em função das falhas na prestação dos serviços e, também, da omissão do Poder Público. Assim, dessa interação entre o Estado e a sociedade, recaem sobre o judiciário as demandas que não são solucionadas no âmbito extrajudicial, ensejando em crescente judicialização de casos e exigindo do judiciário deliberar sobre uma esfera de poder para a qual foi originalmente prevista tal função.

Os dados referentes à judicialização da saúde, demonstrados neste artigo, bem como as citações dos especialistas e estudiosos do assunto evidenciam que este fenômeno não é passageiro e, pelo contrário, tende a aumentar, tendo em vista que o Poder Público não consegue atender às demandas da sociedade de forma eficiente. Não há indícios, tanto a curto como no longo prazo, de que haverá redução da quantidade de demandas judiciais atinentes à saúde.

O surgimento da pandemia do coronavírus (Covid-19) agrava, ainda mais, a situação, com a profusão de casos nunca antes vistos no mundo, podendo, inclusive, suscitar uma série de desdobramentos, como por exemplo, os possíveis transtornos psicológicos em virtude do isolamento social. Outro fator potencial para o aumento das demandas judiciais são as ações que estão sendo movidas contra o Estado devido à má condução das políticas de enfrentamento da pandemia do Covid-19, por parte do governo federal e por alguns governadores e prefeitos.

Considerando que, mesmo antes da pandemia, a saúde pública brasileira já apresentava debilidades, quer pela falta de recursos, pela ineficiência da gestão pública ou mesmo pela corrupção, o cidadão, desamparado, já se via obrigado a demandar na justiça o seu direito. No contexto atual, diante do colapso na área da saúde que se vive, será crucial

para a sobrevivência do sistema, dirimir as divergências e competições entre os entes federativos buscando a concentração de esforços para minimizar os efeitos da pandemia e conter a judicialização.

Percebe-se, portanto, que o desafio para o judiciário é enorme, na medida em que, demandado constantemente para se manifestar, neste cenário turbulento, deverá observar o âmbito de sua atuação de forma cautelosa, levando-se em consideração a atuação do poder executivo, sopesando de forma balizada as decisões que envolvem a garantia do direito à saúde individual e os interesses da coletividade tendo em vista a utilização coerente e eficiente dos recursos públicos.

Nessa perspectiva, há de se reconhecer que o judiciário brasileiro, de um modo geral, tem exercido seu papel de guardião da Constituição a contento, tomando decisões importantes para a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos, observando as normas constitucionais e buscando atender às recomendações técnico-científicas que protejam a população em detrimento à condução desastrosa do governo federal, de alguns governadores e prefeitos durante a pandemia.

É essencial, no entanto, ressaltar que, considerando uma realidade de normalidade institucional de Estado Democrático de Direito, o ideal seria a cooperação entre os três níveis de governo para que os direitos fundamentais dos cidadãos fossem garantidos, especialmente nesse quadro de extrema vulnerabilidade dos cidadãos, e, assim, desincumbir o Poder Judiciário de se pronunciar, de forma excessiva, sobre a saúde da população.

Referências

ALVES, Sandra Maria; Célia Maria Dulque; Dino Nicolao Neto. **Direito Sanitário em Perspectiva**. 1º. ed. Brasília, v. 2, 2013.p.187. Disponível em:

<http://www.registro.sp.gov.br/cerest/arquivos/biblioteca/2019_8820363404_dir_eitosanitarioemperspectiva.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

BADIM, Silvia Marques. Judicialização do Direito à Saúde. **Revista USP**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 65 - 72, 1^o de julho 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13117>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza**, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>>. Acesso em: 02 ABR. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. O Direito Constitucional e a Efitividade De Suas Normas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro. v. 197. p. 54. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/2430>>. Acesso em 15 de maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília [Senado Federal]. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 09 de maio de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília [Senado Federal]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. acesso em: 20 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990**. Brasília [Senado Federal]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para assentar que os Estados, Distrito Federal e Municípios (i) no caso de descumprimento do Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, recentemente tornado público pela União, ou na hipótese de que este não proveja cobertura imunológica tempestiva e suficiente contra a doença, poderão dispensar às respectivas populações as vacinas das quais disponham,

previamente aprovadas pela Anvisa, ou (ii) se esta agência governamental não expedir a autorização competente, no prazo de 72 horas, poderão importar e distribuir vacinas registradas por pelo menos uma das autoridades sanitárias estrangeiras e liberadas para distribuição comercial nos respectivos países, conforme o art. 3º, VIII, a, e § 7º-A, da Lei nº 13.979/2020, ou, ainda, quaisquer outras que vierem a ser aprovadas, em caráter emergencial. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 770.** Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil versus Ministério da Saúde e Presidente da República. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 24 de fevereiro de 2021. Processo Eletrônico. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6068402>>. Acesso em 08 de maio de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar pleiteada para determinar ao Governo Federal que: (i) promova, imediatamente, todas as ações ao seu alcance para debelar a seríssima crise sanitária instalada em Manaus, capital do Amazonas, em especial suprimindo os estabelecimentos de saúde locais de oxigênio e de outros insumos médico-hospitalares para que possam prestar pronto e adequado atendimento aos seus pacientes, sem prejuízo da atuação das autoridades estaduais e municipais no âmbito das respectivas competências; (ii) apresente a esta Suprema Corte, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, um plano compreensivo e detalhado acerca das estratégias que está colocando em prática ou pretende desenvolver para o enfrentamento da situação de emergência, discriminando ações, programas, projetos e parcerias correspondentes, com a identificação dos respectivos cronogramas e recursos financeiros; e (iii) atualize o plano em questão a cada 48 (quarenta e oito) horas, enquanto perdurar a conjuntura excepcional, nos termos do voto do Relator. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 756.** Partido Comunista do Brasil e outros versus Presidente da República. Relator: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI. Brasília, 22 de março de 2021. Processo Eletrônico. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6035593>>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, por unanimidade, confirmou a medida cautelar e, no mérito, julgou parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para assegurar a efetiva observância dos

artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II, e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, reconhecendo e assegurando o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras, sem prejuízo da competência geral da União para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário, ressaltando-se, como feito na concessão da medida liminar, que a validade formal e material de cada ato normativo específico estadual, distrital ou municipal poderá ser analisada individualmente, nos termos do voto do Relator. : MIN. ALEXANDRE DE MORAES. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672**. Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil versus Presidente da República e Ministro de Estado da Economia. Brasília, 13 de outubro de 2020. Processo Eletrônico. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754239592>>. Acesso em: 03 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ante o exposto, defiro ad referendum do Plenário desta Corte (art. 5º, IV, c/c art. 21, V, do RISTF), a tutela de urgência para (i) determinar à União Federal que analise, imediatamente, os pedidos de habilitação de novos leitos de UTI formulados pelo Estado requerente junto ao Ministério da Saúde; (ii) determinar à União que restabeleça, imediatamente, de forma proporcional às outras unidades federativas, os leitos de UTI destinados ao tratamento da Covid-19 no Estado requerente que estavam habilitados (custeados) pelo Ministério da Saúde até dezembro de 2020, e que foram reduzidos nos meses de janeiro e fevereiro de 2021; (iii) determinar à União Federal que preste suporte técnico e financeiro para a expansão da rede de UTI's no Estado requerente, de forma proporcional às outras unidades federativas, em caso de evolução da pandemia. Relator(a): Min. Rosa weber. **Ação Cível Originária nº 3475**. Estado da Bahia vs União. Brasília, 26 de fevereiro de 2021. Processo Eletrônico. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1175707/false>>. Acesso: 03 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. o Tribunal, por maioria, fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 793): “Os entes da federação, em decorrência da

competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro”. **Embargos de declaração do Recurso Extraordinário nº 855178**. União versus Maria Augusta da Cruz Santos. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, 23 de maio de 2019. Processo eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4678356&numeroProcesso=855178&classeProcesso=RE&numeroTema=793>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **O Painel de Ações Covid-19**, página no site do Supremo Tribunal Federal (STF) onde é possível acompanhar dados atualizados sobre todos os processos em curso relacionados à pandemia. Notícias Supremo. Brasília, 13 de julho de 2020. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verniciadetalhe.asp?idconteudo=447383&ori=1>>. Acesso em: 17 abril 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ministra determina o restabelecimento imediato de leitos de UTI destinados ao tratamento de Covid-19 no MA, SP e BA**. Notícias Supremo. Brasília, 1º de março de 2021. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=461341&ori=1>>. Acesso em: 09 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PDT contesta veto de Bolsonaro ao uso obrigatório de máscara em locais fechados**. Brasília, 06 de julho de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=446997&ori=1>>. Acesso em: 03 maio 2021.

CALGARO, Fernanda. **'Pacto pela Vida' critica atuação do governo federal na pandemia**. G1. Brasília 15 de março de 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/03/15/em-carta-a-governadores-pacto-pela-vida-critica-atuacao-do-governo-federal-na-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 12 abril 2021.

CONASEMS. CNJ promove seminário online **“Como será o amanhã? O Futuro da Judicialização da Saúde”**. Notícias Conasems, 23 de junho de 2020. Disponível em:

<<https://www.conasems.org.br/cnj-promove-o-seminario-online-como-sera-o-amanha-o-futuro-da-judicializacao-da-saude/>>. Acesso em: 14 mar. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 66 de 13 de maio de 2020**. Que “recomenda aos Juízos com competência para o julgamento das sanções que versem sobre o direito à saúde a adoção de medidas para garantir os melhores resultados à sociedade durante o período excepcional de pandemia da Covid-19”. Brasília. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3318>>. Acesso em: 05 abril 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Saúde diz ao STF que sabia sobre falta da oxigênio em Manaus desde 8 de janeiro**. 18 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-18/agu-governo-soube-falta-oxigenio-am-janeiro>>. Acesso em: 09 maio 2021.

CONSULTOR JURIDICO. **Entidades denunciam omissão do governo no combate à epidemia**. 29 de julho 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/entidades-denunciam-omissao-governo-combate-epidemia>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

FARIA, Michel Souza. Judicialização da saúde: o difícil equilíbrio entre a balança e a espada. **Revista Âmbito Jurídico** Rio Grande do Sul, nº 149, p. 1- 11, 13 de março de 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/36147214/judicializacao_da_saude_pdf>. Acesso em: 07 ago. 2020.

HERMÍNIO, Diego Stefanutto Falavinha, **A Judicialização Da Saúde E O Controle Judicial De Políticas Públicas: Uma Análise De Como O Poder Judiciário Pode Contribuir Para A Efetivação do direito à saúde na sociedade brasileira**. 2013, p. 85-100. Doutorado e Direito Sanitário. Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista - UNESP. Ipiranga, 2020. disponível em: <https://repositorio.ufscar.br/bitstream/handle/ufscar/12732/TESE_%20Diego%20Herminio%20Stefanutto%20Falavinha.pdf?sequence=1>. Acesso em: 04 abr. 2021.

HOPKINS. **University e Medicine Jhons**, 2020. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>>. Acesso em: 16 abril 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS. **Estatística do Século XX**. Rio De Janeiro, 2006. p . 228-229. Disponível em: <<https://seculoxx.ibge.gov.br/images/seculoxx/seculoxx.pdf>>. Acesso em: 15 março 2021.

INSPER, Instituto de Pesquisa e Ensino; Nacional Conselho de Justiça . **Judicialização Da Saúde No Brasil: Perfil Das Demandas , Causas E Propostas De Solução**. Brasília . INSPER., 2019. P. 51-52. Relatório. Disponível em: <<http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>>. Acesso em : 23 fev. 2020.

JAIR, Clênio Schulze. Judicialização da Saúde em Números. **Blog Abramge**, 2020. Disponível em: <<https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/judicializacao-da-saude-em-numeros/>>. Acesso em: 26 mar. 2021.

JAIR Clênio Schulze. **Abramje Blog**, 2020. Disponível em: <<https://blog.abramge.com.br/saude-suplementar/judicializacao-da-saude-em-numeros/>>. Acesso em: 15 de maio 2021.

JORGE, Eduardo. **A Mobilização Instituinte (Décadas 1970 - 1980)**. Paula Vicente Faleiros. A criação do SUS . 1º. ed. v. 1. p. 35. Brasília. Ministério da Saúde. 13 de julho de 2006. Disponível em: <http://bvsmis.saude.gov.br/bvsmis/publicacoes/construcao_do_SUS_2006.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2021.

LUCCA, Matheus. **Ativismo Judicial: o papel do STF perante o Covid-19**. Migalhas. 24 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342273/ativismo-judicial-o-papel-do-stf-perante-o-covid-19>>. Acesso em: 01 abr. 2021.

LUIZ, Pedro Barros Silva; ANDRÉ Marcus Barreto de Mello. **O Processo de Implementação de Políticas Públicas no Brasil: Características e Determinantes da Avaliação de Programas e Projetos. caderno nº48, Unicamp. 2000**. Disponível em: <https://governancaegestao.files.wordpress.com/2008/05/teresa-aula_22.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

MARQUES, Antônio Martins, *et al.* O Sistema Único de Saúde: Desafios, Avanços e Debates em 30 Anos de História. **Revista Unitins** Palmas. v. 6 , ed 17, p. 59-60, 12 de março de 2019. Disponível em: <<https://revista.unitins.br/index.php/humanidade/seinovacao/article/view/1045>>. Acesso em: 25 abril 2021.

MARIA Isabela Mendes. Direito à Saúde: **Perspectivas Do Modelo Neodesenvolvimentista Brasileiro, Privatização Da Saúde E A Questão Social. Serviço Social Em Revista.** Londrina, v. 16, N. 2, jan./jun., 2014, p. 62-79. Disponível em: <<https://www.sumarios.org/artigo/direito-%C3%A0-sa%C3%BAde-perspectivas-do-modelo-neodesenvolvimentista-brasileiro-privatiza%C3%A7%C3%A3o-da-sa%C3%BAde>>. Acesso 11 jan. 2021.

MINISTÉRIO da Saúde. **(Re)descobrimo o SUS que Temos para Construímos o SUS que queremos**, 2º ed, volume único, 2007. Brasília. Editora MS. Disponível em: <file:///c:/users/marco/downloads/07_0374_m.pdf>. Acesso 16 maio 2021.

NAVARRO, Eduardo Stotz. *et al.* **Movimento Sociais e Saúde.** Caderno de Monitoramento Epidemiológico, nº 4 , 2013, FIOCRUZ. Rio de Janeiro, p. 14-15. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_191000449.pdf>. Acesso em: 10 abril 2021.

NAVARRO, Eduardo Stotz. *et al.* **Movimento Sociais e Saúde.** Caderno de Monitoramento Epidemiológico, nº 4 , 2013, FIOCRUZ. Rio de Janeiro, p. 14-15. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_191000449.pdf>. Acesso em: 10 abril 2021.

NETO, Alfredo Copetti; Gabriel Lucas Ladeia Cirne. As Sentenças Interpretativas e o Ativismo Judicial: Os Limites Hermenêuticos Necessários à Manutenção da Legitimidade do Estado Democrático de Direito. **Revista Direito Em Debate**, Ijuí., v. 29, n. 54, p. 260-272, 26 de outubro 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/11395>. Acesso em: 11 abr. 2021.

OLIVEIRA, Denize Reis; Cardoso Elaine de Araújo; Carlos Luiz de Oliveira Cecílio. **Políticas públicas de saúde: Sistema Único de Saúde**. Universidade Federal de São Paulo. Biblioteca Virtual Unasus. Disponível em: <https://www.unasus.unifesp.br/biblioteca_virtual/esf/2/unidades_conteudos/unidadeo4/unidadeo4.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2020.

OTONI, Luciana. **Soluções consensuais podem conter judicialização da saúde**. CNJ. Brasília 22 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/solucoes-consensuais-podem-conter-judicializacao-da-saude/>. Acesso em: 09 maio 2021.

REGINA, Tânia Kruger. **Os Fundamentos Ideo-Políticos das Conferências Nacionais de Saúde**. 2005, p. 89 a 100. Doutorado e Serviço Social. Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2005. Disponível em: <https://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/9635/1/arquivo9007_1.pdf>. Acesso em: 09 maio 2021.

ROSSETTI, Elaine Behring. **Fundamentos de Política Social**. p. 12-14. disponível em: <http://www.fnepas.org.br/pdf/servico_social_saude/texto1-1.pdf>. Acesso em: 08 maio 2021.

SALLES, Débora Perreira. *et al.* **Política de Saúde na Atual Conjuntura: Modelos de Gestão e Agenda para a Saúde**. Seção Sindical Dos Docentes Da Universidade Federal Do Rio De Janeiro Do Sindicato Nacional Dos Docentes Das Instituições De Ensino Superior Rio De Janeiro, 2ª ED., 2008, P. 17-21, fevereiro de 2007. Disponível em: <https://adrianonascimento.webnode.com.br/_files/200000177-44831457do/VV.%20AA.%20Pol%C3%ADtica%20de%20Sa%C3%BAde%20na%20Atual%20Conjuntura..pdf>. Acesso em: 29 ago. 2020.

SANTOS, Elisângela de Moura. **O Direito à Saúde na Constituição de 1988**. Jus.com, p. 1, *apud*, BERTOLLI FILHO, Claudio. História da saúde pública no Brasil. São Paulo: Ática, 2010 e BRASIL. Direito Sanitário e Saúde Pública: Manual de atuação jurídica em saúde pública e coletânea de leis e julgados em saúde, volume II, Brasília: Ministério da Saúde, 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/25309/o-direito-a-saude-na-constituicao-federal-de-1988/3>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SOUTO, Valdete Severo. **Em carta aberta à comunidade internacional, a AJD e entidades da sociedade civil pedem socorro e suplicam por medidas.** São Paulo, 25 de março de 2021. Disponível em: <<https://www.ajd.org.br/noticias/2852-em-carta-aberta-a-comunidade-internacional-a-ajd-e-entidades-da-sociedade-civil-pedem-socorro-e-suplicam-por-medidas-que-protejam-a-vida-de-brasileiros-e-brasileiras>>. Acesso em: 12 abril 2021.

SULPINO, Fabiola Vieira. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Direito a Saúde no Brasil: E seus Contornos, Judicialização e Necessidade de Macrojustiça.** Brasília: IPEA, março de 2020. p.26-28. Disponível em: <[file:///c:/users/marco/downloads/td_2547\(8\).pdf](file:///c:/users/marco/downloads/td_2547(8).pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2020.

VITAL, Danilo. **Planalto não pode impedir isolamento nos estados**, diz Alexandre de Moraes. São Paulo, 08 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/executivo-nao-impedir-isolamento-estados-alexandre>>. Acesso em: 09 maio 2021.

WOLFGAG, Ingo Sarlet. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.**11^o ed. Porto Alegre. 2012, p. 323. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4567769/mod_resource/content/1/1.%20SARLET.%20Ingo%20Wolfgang.%20A%20Efic%20C3%A1cia%20dos%20Direitos%20Fundamentais.%20p.%20280-373.pdf>. Acesso: 07 fev. 2021.

WOLFGANG, Ingo Sarlet; Filchtiner Maria Figueredo. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: Algumas Aproximações. **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça**, v. 1, n. 1, p. 171-213. Porto Alegre, 25 mar. 2007. Disponível em: <<http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/590>>. Acesso em: 02 abril 2021.

Capítulo 31

Técnica processual de elaboração da petição inicial

*Alexia Maria Barbosa Medina de Moura
Nathália Ferreira Araújo
Ana Flávia Salles*

1 Considerações iniciais

A presente pesquisa tem por objetivo central abordar os aspectos técnico-jurídicos e processuais de elaboração da petição inicial.

Em prol deste fim, será, inicialmente, explanado a atuação da jurisdição que, na perspectiva do Direito Democrático, somente se legitima com a observância dos princípios institutivos do processo. E este, por sua vez, baliza a estrutura técnica do procedimento, que é instaurado por ato praticado pelo autor: a petição inicial.

Após realizar a conceituação técnica, apontando a diferenciação entre processo e procedimento, pretende-se realizar incursões sobre os requisitos formais da petição inicial, elencados nos artigos 319 e 320 do CPC, a saber: juízo competente, legitimidade das partes, causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos), pedidos e requerimentos, valor da causa, requerimento de produção de provas, opção do autor pela audiência de conciliação ou mediação e os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Após discorrer sobre os requisitos apostados nos artigos supracitados, far-se-á um estudo acerca das atitudes do julgador ao receber a petição inicial, que poderá: (a) deferi-la; (b) determinar emenda, quando verificado que o vício é sanável; (c) indeferi-la ante a não correção

do vício ou por se tratar de vício insanável; (d) julgar liminarmente improcedente o pedido do autor.

O presente estudo, portanto, não tem o condão de esgotar o debate acerca do tema, mas, tão somente, apresentar estudos referentes à dogmática jurídica da técnica processual de elaboração da petição inicial, submetendo-o à crítica da comunidade acadêmica, com o intuito de que sejam levantadas aporias na estrutura do conhecimento, que é provisório. Submete-se, então, à análise crítica do tema proposto.

2 Técnica processual para elaboração da petição inicial

Com o intuito de esclarecer a técnica processual de elaboração da petição inicial, faz-se necessário, inicialmente, mencionar algumas noções processuais básicas, de modo que, ao longo deste artigo, tratar-se-á com mais profundidade da habilidade em questão.

A Constituição brasileira, em seu artigo 5º, XXXV, assegura o direito de ação como garantia incondicionada de movimentar a jurisdição. Nesse sentido, diante da lesão ou ameaça de lesão à direito, confere-se ao jurisdicionado a faculdade de instaurar o procedimento judicial que, envolto dos princípios institutivos do processo, a saber, contraditório, ampla defesa, isonomia, legalidade, vislumbra-se a construção de um provimento final que reconheça ou não ao autor da ação a existência do direito pleiteado (LEAL, 2009).

Entenda-se que esta conduta de provocar a prestação jurisdicional nada mais é do que fazer com que o Estado (judiciário) saia de sua condição de inércia e se pronuncie sobre objeto da lide (mérito da causa). Assim, em síntese, nascerá o direito de ação, regulamentado pelo Direito Constitucional Processual.

O exercício do direito de ação, realizado através da petição inicial, instaura o procedimento, originando a ação, que possui 3 (três) elementos,

a saber, partes, causa de pedir e pedido. Estes institutos processuais serão analisados, pormenorizadamente, nos itens adiante.

2.1 Formação do procedimento

Como aduzido no tópico anterior, para resolução de litígios, será necessário que se proveja a prestação jurisdicional. Mas quando se vislumbra a instauração deste procedimento? Para que tal questão seja esclarecida, é necessário diferenciar “processo” de “procedimento”.

A princípio, insta salientar que os termos processo e procedimento são, frequentemente, objeto de confusão, inclusive, pelo Código de Processo Civil. A partir da teoria constitucionalista, que tem por seu principal expoente, José Alfredo Baracho (1999), e da teoria neoinstitucionalista, de autoria de Rosemiro Pereira Leal (2009), o processo é constituído por um conjunto de princípios constitucionais que asseguram a legitimidade da construção do provimento final, qual seja, a sentença. Desta feita, as garantias do contraditório, ampla defesa, isonomia e legalidade são os que asseguram a existência do devido processo legal.

Procedimento, por outro lado, abstraindo da teoria de Elio Fazzalari (2006), é compreendido como estrutura técnica de atos processuais concatenados, no qual o ato anterior é condição de existência do posterior e este, por sua vez, é condição de existência do subsequente. O procedimento é instaurado com um ato processual praticado pelo autor, a petição inicial, exercendo, portanto, o direito de ação.

Seguindo esse raciocínio, o artigo 312 do CPC, dispõe que “considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada”. Assim, tem-se a formação do procedimento, com a peça processual técnica que, para ser deferida pelo juiz, deve preencher os requisitos legais, estampados nos artigos 319 e 320 do CPC, como será demonstrado nos tópicos a seguir.

2.2. Requisitos da petição inicial

Como dito alhures, os requisitos da petição inicial estão estampados nos artigos 319 e 320 do CPC, os quais o jurisdicionado (autor) deve observar para que a peça de ingresso seja deferida pelo juízo e o procedimento tenha seu regular processamento. A observância da formalidade legal é que irá permitir que o mérito da causa seja analisado pelo julgador (artigo 485, IV do CPC).

2.2.1 Juízo competente

O primeiro requisito da petição inicial é *endereçá-la ao juízo ou tribunal competente*, conforme expressa o artigo 319, I do CPC. Desta feita, para realizar a indicação, é necessário que se compreenda o instituto da “competência do juízo”. Contudo, antes, é preciso apreender o conceito de jurisdição que, na perspectiva de um Direito Democrático, deve ser entendida e praticada como atividade de julgar, exercida de forma monopolística pelo Estado (judiciário), regida pelo devido processo legal (BRÊTAS, 2010).

Sendo o judiciário competente para exercer a jurisdição, a Constituição brasileira de 1988, determina a organização judiciária e fixa a competência de cada órgão. Ao definir as especialidades, função, territorialidade, estar-se-á delimitando o exercício da atividade de julgar, o que corresponde à competência do juízo.

A competência pode ser vislumbrada sob duas óticas: a competência absoluta, que diz respeito à matéria (cível, família, empresarial, fazendária, trabalhista, por exemplo), pessoa (União Federal, Estados-membros, pessoas físicas e jurídicas), função (atribuição dada ao órgão

para julgar¹); e a competência relativa, que se refere à território (comarca ou seção judiciária onde a ação deva ser proposta) e valor da causa.

O Código de Processo Civil, em seus artigos 21 ao 23, estabelece a indicação do juízo brasileiro competente em causas que contenham questões de direito internacional. Pode o autor, nos casos tipificados nos artigos 21 e 22², escolher o judiciário brasileiro ou estrangeiro para propositura da demanda (competência concorrente). Nos casos elencados no artigo 23³, o encaminhamento da ação para o judiciário brasileiro é impositivo (competência exclusiva).

A competência, denominada pelo CPC como “interna”, está especificada nos artigos 46 ao 53. Em regra, a ação deve ser proposta no foro do domicílio do réu, sendo foro geral previsto no artigo 46. Os artigos 47 a 53 tratam das competências especiais, que devem ser analisadas pelo

¹ Um exemplo de competência funcional está estampado no artigo 109, X da Constituição brasileira, que estabelece o juízo federal como o competente para executar a sentença estrangeira, após a homologação do Superior Tribunal de Justiça (STJ). “Note-se que se trata de competência funcional e não material: o juiz federal exercerá a jurisdição para cumprir tais funções, independentemente da matéria de que cuida a carta rogatória ou a sentença estrangeira”. (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 254).

² Art. 21. Compete à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações em que:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no inciso I, considera-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que nele tiver agência, filial ou sucursal.

Art. 22. Compete, ainda, à autoridade judiciária brasileira processar e julgar as ações:

I - de alimentos, quando:

a) o credor tiver domicílio ou residência no Brasil;

b) o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos;

II - decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil;

III - em que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

³ Art. 23. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - em matéria de sucessão hereditária, proceder à confirmação de testamento particular e ao inventário e à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional;

III - em divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável, proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

autor para escolha do foro competente, quando a causa versar sobre questões específicas, que demandem a indicação do foro especial.

Diante disso, ao elaborar a petição inicial, o autor deverá indicar o juízo competente, considerando a matéria (cível, família, empresarial, fazendária, por exemplo), bem como o território (foro: comarca ou seção judiciária). A distribuição ou registro da petição inicial em juízo incompetente pode ocasionar o declínio de competência para o juízo competente para processar e julgar a demanda (artigo 64 do CPC).

2.2.2 Legitimidade

O segundo requisito da petição inicial a ser observado pelo autor é a *qualificação das partes* – artigo 319, II do CPC. Pretende, a legislação, que sejam apresentadas as partes legítimas para figurarem no procedimento.

Firmados nos ensinamentos de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (2010, p. 18), podemos definir a legitimidade como “a demonstração da existência de um vínculo jurídico existente entre as partes e o que é debatido em juízo”. Desta feita, aquele que alega ser titular do direito, pode mover a jurisdição, em nome próprio, para postular ou defender direito que lhe pertence. Trata-se, portanto, da legitimidade ordinária (artigo 18, primeira parte, do CPC).

Por outro lado, em casos expressamente previstos por lei, será permitido a utilização do instituto da *substituição processual*, de modo que um terceiro poderá pleitear direito alheio em nome próprio, o que caracteriza a legitimidade extraordinária (artigo 18, segunda parte, do CPC), como é o caso do Ministério Público, quando postula em juízo como parte para defesa de pretensões de terceiros (incapazes, idosos, coletividade em geral) ou Sindicatos e Associações, em relação aos seus sindicalizados e associados, respectivamente.

A qualificação das partes também deve observar a capacidade para estar em juízo, extraída do artigo 70 do CPC. Esta se traduz na aptidão em participar da relação processual, desde que se encontre no exercício dos seus direitos. Nesse rumo, importante salientar, que o incapaz também é titular de direitos, portanto, pode como deve figurar em juízo, como parte. Entretanto, para que haja regularidade processual, deve ser representado, tanto o absolutamente incapaz (menor de 16 (dezesesseis) anos ou maior de 18 (dezoito) anos quando declarado absolutamente incapaz), como o relativamente incapaz (maior de 16 (dezesesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos e maior de 18 (dezoito) anos, quando declarado relativamente incapaz).

As pessoas jurídicas também têm capacidade para estar em juízo, devendo ser representadas, como determina o artigo 75 do CPC.

Por fim, não se pode olvidar das ações imobiliárias e aquelas previstas no artigo 73 do CPC, em que o cônjuge (exceto quando casado em regime de separação total de bens) e o companheiro, quando autores da ação, devem apresentar a outorga uxória ou marital para litigar em juízo. E, se nessas situações atuarem como réus, necessariamente haverá a formação de litisconsórcio passivo necessário ou obrigatório – artigo 114 do CPC.

Identificado que o autor apostou parte ilegítima para compor a relação processual, a petição inicial será indeferida (sentença sem análise de mérito), como preconizam os artigos 330, II e 487, VI do CPC.

Há, contudo, uma excepcionalidade prevista no artigo 318 do CPC de que, alegada a ilegitimidade passiva, em contestação, o juiz intimará o autor para proceder, no prazo de 15 (quinze) dias, facultativamente, a alteração da petição inicial para substituir o réu. Neste caso, o autor reembolsará o réu as despesas processuais e arcará com honorários advocatícios do excluído, que será fixado entre 3% (três por cento) a 5%

(cinco por cento) sobre o valor da causa ou, sendo esse irrisório, a fixação se fará aos moldes do § 8º do artigo 85 da legislação processual.

2.2.3 Fatos e fundamentos jurídicos

Os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido compõem o terceiro requisito da petição inicial, trazidos pelo artigo 319, III do CPC. São, pois, os motivos que justificam os pedidos do autor. É o que a processualidade denomina de “causa de pedir”.

A causa de pedir, nada mais é do que a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que servirão de alicerce para os pedidos, assim, aquele que ingressa com a ação em juízo deve fazer constar a narração, expondo o caso concreto e os motivos que desencadeiam o pleito, bem como prelecionar os dispositivos legais, cujo parâmetro seja o ordenamento jurídico regulando a situação objeto da lide (GONÇALVES, 2020).

Em uma demonstração da aplicabilidade na atividade jurisdicional, ao que tange aos fatos e fundamentos jurídicos gerarem uma conclusão, qual seja, os pedidos, afirma Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2020, p. 159), “a atividade jurisdicional consiste em aplicar a um fato concreto as normas gerais e abstratas que lhe são pertinentes. Há sempre uma premissa maior, de cunho genérico e abstrato, e uma premissa menor, concreta”.

Neste contexto, na petição inicial, imperioso é que nos fatos, o autor utilize-os para narrar aquilo que compreenda ser lesivo e que traz dano ou ameaça de dano aos seus direitos, com o intuito de estabelecer um raciocínio lógico das respectivas narrativas; enquanto nos fundamentos jurídicos, também denominado como direito, que reservem-se a constar os enunciados normativos do ordenamento jurídico que baseiam a pretensão do autor em juízo e que forneçam proteção desses direitos que

foram ou podem ser infringidos pela conduta da parte contrária (BRÊTAS; SOARES, 2015).

Com base nesse raciocínio, importante ressaltar que fundamentação legal é diferente de fundamentação jurídica.

A fundamentação legal se limita a reproduzir a lei ou o artigo de lei ou, ainda, uma decisão judicial ou um trecho de texto doutrinário. Aqui, não há qualquer contraponto ou vinculação ao caso concreto. A fundamentação legal, portanto, não é requisito da petição inicial, tampouco, é admitida como “fundamentação jurídica”.

A fundamentação jurídica, que é o exigido para elaboração da inicial, é a adequação da lei ao caso concreto, como sustentado acima, inclusive, por processualistas de destaque. Para, efetivamente, elaborar a fundamentação jurídica, é necessário que o autor demonstre, diante da situação narrada, qual é o dispositivo legal (o direito) que está sendo lesado ou ameaçado de lesão. É o que denominamos de silogismo, subsunção da lei ao caso concreto. Não basta que se transcreva uma decisão judicial (o que, na prática, se denomina de “jurisprudência”) sem demonstrar a similitude com os fatos, que poderiam conduzir a conclusão da sentença ao precedente jurisprudencial.

Como se depreende, é totalmente desnecessário que o autor transcreva dispositivo de lei, pura e simplesmente, sem realizar a fundamentação jurídica, que é requisito da petição inicial e não, meramente, a fundamentação legal.

É nos fundamentos jurídicos que o autor deve apresentar as justificativas para a concessão de tutela provisória de urgência. Como se trata de pedido, faremos a exposição desse tema no item 2.2.4.1.

2.2.4 Pedidos e requerimentos

O artigo 319, IV do CPC traz o pedido e suas especificações como, também, requisito da petição inicial. O pedido pode ser definido como “tutela jurisdicional pretendida”. Isto é, se refere ao que o autor espera receber com a propositura da ação. O pedido faz o papel da conclusão da petição inicial, indicando o “bem-da-vida” pretendido (CHIOVENDA, 2000), já que o intuito de toda a peça é demonstrar o direito do autor de auferi-lo.

Na petição inicial, o autor deve elaborar o pedido imediato e o pedido mediato. O primeiro, refere-se à procedência dos pedidos. É exatamente isso que o autor espera, imediatamente, que seus pedidos sejam julgados procedentes. O segundo, são os pedidos que o autor pretende obter com a propositura da demanda. É a sua pretensão, ou seja, a “tutela jurisdicional pretendida”.

Em razão disso, cada pedido deverá ter sua importância demonstrada ao longo dos fatos e dos argumentos jurídicos, afinal, o pedido é o elemento processual que limita a prestação da atividade jurisdicional (BRÊTAS; SOARES, 2015), pois é vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado, conforme o artigo 492 do CPC.

Por isso, pode-se afirmar que a análise dos pedidos, pelo julgador, é regida pelo princípio da adstrição ou da congruência, que informa que o juiz julga exatamente o que foi pedido pelo autor. Assim sendo, reforça-se, a sentença não pode conceder além do que foi pedido (“ultra petita”), não pode conceder algo que não foi pedido – fora do pedido – (“extra petita”), bem como não pode deixar de julgar algum pedido (“citra petita”). Em todos esses casos, a sentença é viciada, passível, portanto, de recurso. Na petição inicial, o pedido deverá ser certo e determinado.

O pedido certo é aquele que é expresso. Deve o autor expressar de forma clara, escrita, o que ele pretende. O juiz não supõe ou infere o que está subliminar. A análise dos pedidos é realizada ao que, exatamente, é descrito pelo autor, como se depreende do artigo 322, *caput*, do CPC. Há, contudo, “pedidos implícitos”, isto é, pedidos que mesmo que o autor não os tenha feito, o juiz pode os conceder. Tratam-se dos juros, correção monetária, custas processuais, honorários advocatícios (sucumbência) – § 1º do artigo 322 do CPC –, prestações vincendas (artigo 323 do CPC), multa cominatória (artigo 497 e 498 do CPC). Os pedidos implícitos são, pois, acessórios do principal.

Determinado é o pedido líquido, em que o autor indica a quantidade de bens que pretende haver (GONÇALVES, 2020), ou determinada quantia em dinheiro que pretende receber, ou, ainda, o ato que deva ser praticado pelo réu (obrigação de fazer ou não fazer) – artigo 324, *caput*, do CPC. Excepcionalmente, é autorizado a realizar pedido genérico, como se lê das hipóteses do § 1º do artigo 324 do CPC.

Ademais, o autor, ao propor uma demanda, poderá elaborar mais de um pedido na petição inicial. Neste caso, estamos diante da cumulação de pedidos; situação autorizada pelo artigo 327 do CPC, que aduz: “é lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão”. São espécies de cumulação de pedidos, que podem ser elaboradas das seguintes formas:

- a) Cumulação simples (artigo 327 do CPC): nesta modalidade de cumulação, não há um vínculo, isto é, inexistente correlação lógica entre os pedidos. Um pedido é independente do outro. Exemplo: pedido de dano moral e pedido de dano material.
- b) Cumulação sucessiva: nessa modalidade, existe uma vinculação lógica entre os pedidos. Nesse tom, na cumulação sucessiva, o segundo pedido somente é

analisado se o primeiro pedido for julgado procedente. Exemplo: ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de alimentos.

- c) Cumulação subsidiária (artigo 326 do CPC): aqui, também, existe uma vinculação lógica entre os pedidos. Na cumulação subsidiária, o segundo pedido somente é analisado se o primeiro pedido não puder ser concedido (for julgado improcedente). Exemplo: o autor propõe ação de anulação de casamento com pedido subsidiário de divórcio. A pretensão é pelo pedido principal, contudo, caso não possa ser concedido, o autor pede a análise e julgamento de procedência do pedido subsidiário.
- d) Cumulação alternativa (artigo 325 e parágrafo único do artigo 326 do CPC): nesta espécie há, outrossim, uma vinculação lógica entre os pedidos. Na cumulação alternativa, a obrigação pode ser cumprida de mais de uma forma pelo devedor. Exemplo: no pedido, o autor pede que lhe seja entregue outro produto; ou, lhe seja restituído o valor pago pelo produto, com a entrega deste ao devedor; ou, a indenização pelo vício do produto.

O Código de Processo Civil, em seu § 1º do artigo 327, aponta os requisitos de admissibilidade da cumulação de pedidos, quais sejam: os pedidos sejam compatíveis entre si, no sentido de que um pedido não pode excluir o outro (exceto no caso de cumulação de pedidos subsidiários – vide § 3º); seja competente para conhecer deles o mesmo juízo, portanto, deve-se observar as regras gerais de competência; e seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento, não podendo, por exemplo, cumular um pedido, regido pelo procedimento comum, com um pedido, subordinado ao procedimento de execução ou procedimento especial. Apesar disso, autoriza o CPC a cumulação, desde que, afastando-se as regras do procedimento especial se apliquem as disposições do procedimento comum para reger todos os pedidos – § 2º do artigo 327 do CPC.

Importante salientar sobre esse tema que, após a distribuição ou registro da petição inicial, é concedida ao autor a possibilidade de alterar

o pedido e/ou a causa de pedir, conforme dispõe o artigo 329 do CPC. Nesse terreno, até a citação, o autor pode alterar o pedido e/ou a causa de pedir como bem entender; após a citação, para o autor alterar o pedido e/ou a causa de pedir, dependerá do consentimento do réu. Contudo, há um detalhe muito importante: o momento processual adequado para realizar a alteração do pedido e da causa de pedir, segundo o CPC, será até o encerramento da fase de saneamento (despacho saneador).

Isto se efetiva porque, na fase saneadora ocorre a organização do procedimento. O juiz e as partes irão delimitar a lide e uma série de questionamentos são levantados, como: quais são os pedidos do autor? Onde estão as defesas do réu? Há algum fato incontroverso? Existe algum vício processual? É possível sanar esse vício? Identificam-se os fatos que necessitam de provas e quais as provas serão necessárias. Caso não haja necessidade de produzir provas, encerra-se a fase saneadora, encaminhando-se os autos para o julgamento antecipado do mérito. Contudo, diante da necessidade de esclarecimento de fatos por outros meios, ingressa-se na fase instrutória para produção de provas, dentre elas, a prova pericial, prova oral, que se desdobra em depoimento pessoal das partes, depoimento de testemunhas e, eventualmente, produção de prova documental. Após, os autos são encaminhados para sentença. Portanto, quando do encerramento da fase saneadora temos a definição de todo o rumo da lide, por isso, mesmo que, em um mero juízo hipotético, se o réu anuísse com o autor, após o despacho saneador (encerramento da fase) não seria oportuno a alteração do pedido e/ou causa de pedir, pois traria grande tumulto processual. Não é à toa que o Código de Processo Civil estabeleceu essa etapa procedimental como marco limite para alteração do pedido e/ou da causa de pedir.

2.2.4.1 Pedido de tutela provisória

Em determinadas situações, é possível ao autor, na petição inicial, formular pedido de tutelas de urgência, que estão previstas nos artigos 294 a 311 do CPC. As tutelas de urgência são gênero, tendo como espécies as tutelas cautelares, antecipatórias e de evidência.

A tutela cautelar tem por objetivo a efetividade da sentença, quando ela for proferida. É uma forma de assegurar que, uma vez que a sentença venha a ser proferida, ela será útil para a parte. Nas palavras de Didier Júnior, tem “cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo”. (DIDIER, 2015, p. 562).

A tutela antecipatória, por sua vez, visa, efetivamente, antecipar os efeitos da sentença; o juiz imediatamente profere uma decisão liminar sobre determinado pedido. Se deferido, pode antecipar total ou parcialmente os efeitos da sentença. Essa decisão é provisória, portanto, deve ser confirmada na sentença. Os requisitos (cumulativos!) das tutelas cautelares e tutelas antecipatórias são:

- I) Probabilidade do direito (*fumus boni iuris*): a parte que solicita a tutela deve demonstrar, ainda que sumariamente (juízo superficial), que possui determinado direito, e que este direito está sendo lesado ou ameaçado de lesão. É necessário que haja argumentação jurídica mínima (“elementos que evidenciem a probabilidade do direito” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 595)) para embasar o pedido de tutela de urgência.
- II) Perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo: é imperioso a apresentação da prova capaz de justificar a urgência da medida. Isto é, o solicitante deve demonstrar, provar (ainda que sumariamente) que é necessário que o juiz profira uma decisão imediata.

As tutelas de evidência, estampadas no artigo 311 do CPC, são aquelas nas quais o direito debatido em juízo não demanda dilação probatória⁴. São os direitos líquidos e certos (por exemplo, do mandado de segurança). O simples fato da parte se encaixar em determinada situação, já lhe assegura o resguardo de determinado direito. Conforme alude Rosemiro Pereira Leal (2009), os direitos fundamentais são autoexecutáveis, assim sendo, compreende-se que, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, caberá pedido de tutela de evidência, observando as hipóteses elencadas nos incisos I ao IV do artigo 311 do CPC. Não é por acaso que, para obtenção da tutela de evidência, é necessário, tão somente, a demonstração da probabilidade do direito, sendo dispensado o requisito do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

O pedido de tutela de urgência deve estar justificado nos fundamentos jurídicos. Caso o autor não o faça, a petição inicial, “por lhe faltar causa de pedir” e “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”, será considerada viciada, sendo o caso de emenda à inicial. E, caso não seja suprido o equívoco, poderá ser declarada inepta pelo juízo, que indeferirá a petição inicial (artigos 330, I, § 1º, I e IV e 485, I do CPC).

2.2.4.2 Requerimentos

Os requerimentos podem ser entendidos como “solicitações” de ordem processual que são formuladas pelo autor, na petição inicial. O intuito é instrumentalizar o procedimento através dos requerimentos, tais como:

- I) Juntada de guia comprobatória de custas iniciais;
- II) Justiça Gratuita;

⁴ “A tutela da evidência está vinculada ao que se chama de ‘direito evidente’, isto é, pretensões em juízo nas quais o direito se mostra claro, como o direito líquido e certo que autoriza a propositura de MS ou o direito do exequente, representado pelo título executivo (Fux. Evidência, p. 305)”. (NERY JÚNIOR, 2014, p. 842)

- III) Intimação do Ministério Público para intervir no procedimento (artigo 178 do CPC);
- IV) Produção de provas;
- V) Encaminhamento de ofícios à órgãos públicos e empresas;
- VI) Depósito de quantia a ser consignada em juízo;
- VII) Inversão do ônus da prova.

Como se depreende, requerimento não se confunde com pedido, por isso, um instituto não pode ser utilizado no lugar do outro (vide conceito de pedido no item 2.2.4). Caso não seja observada a distinção terminológica, tratar-se-á de peça “atécnica”, o que não ocasiona emenda ou seu indeferimento, contudo, demonstra a inabilidade do advogado em distinguir e aplicar, de forma correta, técnica processual na elaboração da petição inicial.

2.2.5 Valor da causa

O Código de Processo Civil é claro em estabelecer que toda causa, necessariamente, terá um determinado valor, que deverá constar na petição inicial (ou na reconvenção). Para que seja atribuído valor à causa, deve-se observar o disposto no artigo 292 do Código de Processo Civil (2015):

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

- V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;
- VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
- VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;
- VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes. (BRASIL, 2021).

A regra descrita estabelece critérios de atribuição do valor da causa. Além dessa, existem outras leis especiais que contemplam hipóteses específicas, como a Lei de Locações (Lei n. 8.245/91), cujo artigo 58, III, dispõe que o valor da causa nas ações de despejo corresponderá a doze meses de aluguel, por exemplo. (ALVIM; GRANADO; FERREIRA; 2019).

Sendo assim, entende-se que o valor da causa não compreenderá, necessariamente, o valor pecuniário que corresponde ao bem-da-vida pretendido, mas sim o valor atribuído à relação jurídica decorrente deste objeto (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Importante aludir, que o valor da causa poderá ser fiscalizado, de ofício, pelo juiz ou mediante provocação do réu, que o fará na contestação (artigo 337, III do CPC). A correção, realizada de ofício pelo julgador, somente poderá ser realizada antes do oferecimento da contestação. O réu, por sua vez, deverá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, conforme os termos do artigo 293 do CPC. Assim é que, não tendo sido retificado o valor da

causa, por qualquer das formas supramencionadas, restará o valor da causa considerado como correto e não poderá mais ser objeto de alteração (CÂMARA, 2019).

Desta feita, seja de ofício ou por motivação do réu, sucederá a correção quando for verificado que o valor da causa não corresponde ao conteúdo patrimonial discutido ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, disposição ao qual está prevista no §3º do artigo 292 do CPC.

Muito se questiona sobre o porquê da apuração do valor da causa em ações judiciais. Em primeiro momento, fixa-se o valor da causa para base de cálculo das custas e taxas judiciárias, eis que a atividade judiciária não é gratuita, sendo necessário, no ato da propositura da demanda, efetuar o pagamento das custas iniciais, salvo nos casos de requerimento de Justiça Gratuita, que deve ser formulado observando os requisitos da Lei 1.060/50 e dos artigos 98 e 99 do CPC. Por outro lado, a fixação do valor da causa pode, ainda, em dadas situações, influenciar no tipo de procedimento aplicado, sendo o caso, por exemplo, dos Juizados Especiais Cíveis, cuja Lei 9.099/95, em seu artigo 3º, I, estabelece que a competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo (CHACON, 2017). Segue no mesmo entendimento o Juizado Especial Federal, que se declara competente para processar e julgar causas cujo valor não exceda a 60 (sessenta) vezes o salário mínimo.

Se esclarece, ainda, que o valor da causa é determinante não só quanto à competência do juízo, como, também, serve de parâmetro para a fixação da multa por litigância de má-fé, disposta do artigo 81 do CPC, dentre outras sanções processuais, tais como, multa por ato atentatório à dignidade da justiça (pelo não comparecimento injustificado à audiência de autocomposição) – § 8º do artigo 334 do CPC – e fixação de multa por

embargos manifestamente protelatórios (§ 3º e 4º do artigo 1026 do CPC). Poderá, também, ser base de cálculo no arbitramento de honorários advocatícios, na hipótese do artigo 85 do CPC, bem como determinará o procedimento de arrolamento nas ações de inventário e partilha de bens (artigo 664 do CPC), por exemplo.

2.2.6. Requerimento de produção de provas

O requisito constante no artigo 319, VI do CPC, é a indicação, pelo autor, das provas que “pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”. Imperioso destacar que os meios legais de prova, hábeis para esclarecer os argumentos fáticos constantes nos autos, devem ser lícitos, conforme previsto na Constituição brasileira de 1988 (artigo 5º, LVI), e especificadas em lei (princípio da legalidade e da reserva da lei).

Ademais, ressalta-se que as alegações de fato devem ser esclarecidas (comprovadas) através dos meios de prova, que vão “servir de suporte para a conclusão da decisão”, pois o que não ficar efetivamente corroborado é considerado “alegação inexistente” (MADEIRA, 2008, p. 174), por isso o estudo do “instituto jurídico da prova” é tão importante para a compreensão de um direito processual democrático (LEAL, 2005, p. 49-56).

Nesse tom, o momento processual adequado para indicação das provas, pela parte autora, é na petição inicial (artigo 319, VI, do CPC); enquanto que, para o réu, é na contestação (artigo 336 do CPC).

De forma prática, na petição inicial, logo após os pedidos, devem ser indicadas pelo autor as provas com que pretende demonstrar a verdade dos fatos, tais como meio de prova oral (depoimento pessoal da parte ré e de testemunhas), pericial e documental, ressaltando que esta última

deverá ser colacionada junto a inicial, em regra⁵. Caso não o faça, será determinada a emenda à inicial e, sendo inobservada a ordem judicial, a petição poderá ser indeferida.

Por fim, oportuno reforçar que na prática processual não é aconselhável abordar os meios de prova de forma genérica, principalmente através do trecho comumente utilizado: “O autor protesta comprovar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito”. O correto é especificar quais meios de prova se pretende utilizar para esclarecer as alegações trazidas aos autos, como por exemplo: prova documental, prova oral (depoimento pessoal da parte ré e testemunhal) e prova pericial; observando as peculiaridades de cada caso concreto.

2.2.7. Opção do autor pela audiência de conciliação ou de mediação

Tal requisito da petição inicial, inovação no Código de Processo Civil de 2015, é opção do autor pela realização ou não da audiência de autocomposição (artigo 319, VII do CPC). A nova técnica do procedimento comum traz como um dos primeiros atos processuais, a audiência de conciliação ou de mediação⁶. Nesse sentido, o réu é citado para, em regra, comparecer à audiência de autocomposição (artigo 334 do CPC), que somente não será realizada se ambas as partes⁷ manifestarem desinteresse ou o litígio não admitir autocomposição – vide § 4º do artigo 334 do CPC.

Neste viés, pode-se inferir da lei que a audiência é, via de regra, obrigatória, ainda que uma das partes não tenha interesse em participar –

⁵ Extraí-se dos artigos 434, 435 e 437 do CPC que a prova documental deverá ser apresentada na petição inicial e na contestação, podendo ser juntado aos autos, a qualquer momento, pelas partes documento novo ou que se destine a comprovar fatos supervenientes. Neste caso, apresentado documento, por qualquer das partes, por observância ao contraditório, deverá ser concedida a parte contrária o direito de analisar e manifestar sobre a prova produzida por seu “ex adverso”.

⁶ As distinções entre conciliação e mediação estão nos §§ 2º e 3º do artigo 165 do CPC.

⁷ O desinteresse na audiência deverá ser indicado, pelo autor, na petição inicial, e o réu deverá fazê-lo, por petição, protocolizada até 10 (dez) dias de antecedência da data da audiência – § 5º do artigo 334 do CPC.

não é à toa que a lei impõe que, em caso de litisconsórcio, o desinteresse na autocomposição deve ser manifestado por todos, impreterivelmente (§ 6º do artigo 334 do CPC).

A observância do procedimento comum, com a realização da audiência de autocomposição, antes da abertura de prazo para apresentar contestação (artigo 335, I do CPC), é regramento que se impõe, por este motivo o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, logo após a vigência do CPC de 2015, aprovou, em fevereiro de 2016, “Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015”. Assim sendo, o Enunciado 1 dispõe: “A omissão da petição inicial quanto à audiência de conciliação ou mediação deve ser interpretada como concordância, desnecessária a intimação para emenda.” (EJEF/TJMG 2016).

Neste sentido, o não comparecimento injustificado na audiência de autocomposição é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e, como consequência processual, a parte será sancionada com multa de até 2% (dois por cento) sobre a vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, que será revertida em favor da União ou do Estado, no caso da ação ser proposta perante o Judiciário Federal ou Estadual, respectivamente (§ 8º do artigo 334 do CPC).

2.2.8. Documentos indispensáveis

A petição inicial deverá ser “instruída com documentos indispensáveis à propositura da ação”, como se infere do artigo 320 do CPC. A capacidade postulatória deverá, necessariamente, ser comprovada pela procuração, eis que não se admite ao advogado, no procedimento comum regido pelo Código de Processo Civil, postular em juízo sem a

procuração⁸. Ademais, o artigo 287 do CPC dispõe que a petição inicial deverá vir acompanhada do instrumento de mandato.

Além da procuração, existem outros documentos aptos e obrigatórios a instruir a petição inicial, tais como, documentos de identificação da pessoa do autor, se pessoa física, identidade e CPF, se jurídica, estatuto social da empresa e os documentos de identificação de seu representante legal, comprovante de pagamento de custas iniciais ou declaração de hipossuficiência, por exemplo.

Não se pode olvidar dos documentos comprobatórios, necessários a esclarecer os fatos articulados pelo autor, na petição inicial, conforme exigência do artigo 434 do CPC (vide item 2.2.6). Esta prova documental dependerá de cada caso concreto e deverá corroborar os fatos constitutivos do direito do autor.

Para uma melhor organização dos documentos, sugere-se enumerá-los quando for citá-los, por exemplo, como “Doc. 01” ou “Anexo 01”.

Ressalta-se que, por força do artigo 454 do CPC, que os documentos não adunados na petição inicial restarão preclusos e não terão validade se apresentados no procedimento em outro momento processual, exceto quando se trate de “documento novo” ou “fato superveniente”; por isso é de extrema importância que a petição inicial seja devidamente instruída, com toda a documentação comprobatória e necessária ao esclarecimento dos fatos. (ALVIM; GRANADO; FERREIRA; 2019).

3 Posturas do juiz e o (in)deferimento da petição inicial

Ao receber a petição inicial, o magistrado avaliará se preenche os requisitos formais, em especial, os estampados nos artigos 319 e 320 do

⁸ Salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente – segunda parte do artigo 104 do CPC, devendo, o advogado, apresentar a procuração, no prazo de 15 (quinze) dias, além da obrigatoriedade de ratificar os atos anteriormente praticados; do contrário, serão considerados ineficazes.

Código de Processo Civil. Constatada que a petição está apta, é determinado, por meio de despacho, a citação do réu para, em regra, participar de audiência de autocomposição – vide artigo 334 do CPC.

Contudo, caso seja vislumbrada a existência de vícios formais, ou ainda, sendo o caso de julgamento liminar de improcedência, as providências conferidas neste ato judicial serão diferentes, como se verá nos tópicos adiante apresentados, os quais remete o leitor.

3.1 Emenda à petição inicial

No despacho inicial, pode ser inferido pelo magistrado que consta um ou mais vícios na petição inicial que, sendo sanáveis, deve-se determinar sua emenda, sendo este, diga-se de passagem, um direito do autor, reservando o indeferimento, de plano, para situações em que não se vislumbra possibilidade de correção. Não é a esmo que o artigo 317 do CPC aduz que: “Antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício”.

Neste contexto, indicando o juiz, com precisão, o que deve ser corrigido ou complementado, terá o autor prazo de 15 (quinze) dias para sanar o vício que, por força do artigo 139, IV, do CPC, poderá ser ampliado. Muito se questiona, porém, se é possível a concessão de emendas sucessivas. Isto é, uma vez intimado para emendar a inicial, e fazendo o autor de forma incompleta, será possível oportunizar novo prazo para sanar o vício? Ou, caso não a emende, poderá haver dilação de prazo para cumprimento da determinação judicial? Essas perguntas podem ser respondidas, tendo por base os princípios da instrumentalidade das formas e da primazia do mérito.

Por força da instrumentalidade das formas, defende-se que será admitida concessão de novo prazo para correção do defeito processual,

contudo, não pode o autor contar com sucessivas reaberturas de prazos para prática do ato processual (NEVES, 2019).

O Superior Tribunal de Justiça (2012; 2016) tem se posicionado no sentido de que o prazo para emenda à inicial é dilatatório e não peremptório, sendo permitida a dilação de prazo para cumprimento da ordem judicial. Contudo, essa reabertura de prazo não é ilimitada e, caso o autor, por reiteradas vezes, não pratique o ato (a saber, corrija o vício na petição), poderá o julgador indeferir a inicial.

O princípio da primazia do julgamento do mérito, por sua vez, estampado, especificamente na questão debatida, nos artigos 4º, 6º, 317 e 321 do CPC, traduz um verdadeiro direito do autor à emenda da petição inicial, eis que somente se tolera a extinção do procedimento sem resolução do mérito nos casos de vícios insanáveis ou, oportunizado à parte prazo para correção, não tenha realizado a diligência.

3.2 Indeferimento da petição inicial

O indeferimento da petição inicial poderá ocorrer em 2 (duas) hipóteses: (a) Seja o autor intimado para emendar a petição inicial e não o faça⁹; ou (b) indeferimento, de plano, em situações que o vício contido na petição inicial é insanável.

O artigo 330 do CPC apresenta as hipóteses nas quais haverá o indeferimento da inicial¹⁰. Importante esclarecer que a sentença,

⁹ Remete-se o leitor para o tópico “3.1” do presente artigo.

¹⁰ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

I - for inepta;

II - a parte for manifestamente ilegítima;

III - o autor carecer de interesse processual;

IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321 .

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;

II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;

fundamentada em “indeferimento da petição inicial”, somente poderá ser proferida antes da citação do réu (artigo 485, I do CPC). Uma vez realizado este ato processual, entende-se que a petição inicial foi deferida. Assim sendo, ainda que se vislumbre as hipóteses do artigo 330 do CPC, a extinção do procedimento deverá se fundamentar nas situações tipificadas no artigo 485, IV e VI do CPC, a saber: “a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo” e “ausência de legitimidade ou de interesse processual”.

O ato do juiz que indefere a petição inicial é a sentença, pois extingue o procedimento de conhecimento sem resolução do mérito, na primeira instância. Neste caso, o ato judicial é impugnável por recurso de apelação que, na circunstância em específico, faculta ao juiz retratar-se, como dispõe o artigo 331 do CPC.

3.2. Julgamento liminar de improcedência

O artigo 332 do CPC remete à técnica de julgamento liminar de improcedência do pedido do autor. Inicialmente, cabe elucidar que o termo “liminar”, na *práxis* jurídica, tem sido compreendido de forma equivocada, pois, não muito raro se ouve dizer: “o juiz irá despachar ou decidir uma liminar”. A terminologia é, indubitavelmente, imprópria. Nesses estudos, vamos compreender que o termo “liminar” tem a mesma acepção que “imediatamente”. Assim sendo, quando o juiz profere uma decisão sobre, por exemplo, tutela de urgência (pedido de antecipação de tutela ou cautelar), temos uma “decisão liminar”, isto é, “decisão imediata”. Neste

III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;

IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

§ 2º Nas ações que tenham por objeto a revisão de obrigação decorrente de empréstimo, de financiamento ou de alienação de bens, o autor terá de, sob pena de inépcia, discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, além de quantificar o valor incontroverso do débito.

§ 3º Na hipótese do § 2º, o valor incontroverso deverá continuar a ser pago no tempo e modo contratados.

contexto, quando o juiz recebe a petição inicial e, de plano, julga liminarmente improcedente o pedido do autor, o faz de forma imediata. Temos, portanto, um “julgamento liminar”, como se apreende da regra jurídica.

Não sendo objeto do presente artigo realizar análise crítica da técnica de julgamento liminar de improcedência do pedido do autor, infere-se do artigo 332 do CPC que antes da citação do réu, é possível ao julgador proferir sentença com resolução do mérito, tendo, o ato decisório, conteúdo desfavorável ao pleito do demandante. Os requisitos para aplicação da técnica são:

- a) Causas que dispensem a fase instrutória, ou seja, o esclarecimento (comprovação) dos fatos alegados pelo autor é realizado através de prova documental, que já consta anexa à petição inicial, sendo dispensável outros meios de prova, tais como oral (depoimento pessoal das partes e/ou das testemunhas) ou pericial.
- b) O pedido do autor contrariar enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.
- c) Reconhecimento, de ofício, pelo juiz da prescrição ou decadência da pretensão do direito do autor.

Neste caso, como dito alhures, será proferida sentença de extinção do procedimento com resolução do mérito. O ato judicial será impugnável por recurso de apelação que, também nessa hipótese excepcional, admitirá retratação do juiz.

4. Considerações finais

Diante dos argumentos expendidos nesta pesquisa, infere-se que a petição inicial é ato processual formal e solene, sendo que a inobservância dos requisitos estabelecidos em lei, implica em inexistência de um pressuposto de desenvolvimento de validade do procedimento, a saber, “petição inicial apta”.

Nesse sentido, constatado que a petição não preenche quaisquer dos requisitos formais, imperioso que se identifique se o vício é sanável ou não. Sendo possível corrigir o vício, deverá o autor ser intimado para emendar a petição inicial. Noutro vértice, se se tratar de vício insanável, a petição inicial será indeferida.

Abordou-se, também, que a uniformização dos precedentes judiciais pode conduzir ou até mesmo impor o julgamento liminar de improcedência do pedido do autor. Apreende-se, portanto, que, mesmo estando apta a petição inicial, neste caso, o procedimento será extinto, com resolução do mérito, antes da citação do réu.

Uma vez deferida a petição inicial e não se aplicando a técnica do julgamento liminar de improcedência do pedido do autor, problematizou-se, nesta pesquisa científica, que, sendo a petição inicial a peça que delimita os limites da lide (causa de pedir e pedido, isto é, mérito da causa), é viciada a sentença que reconhece pretensão não articulada pelo autor ou concede quantidade superior ao que foi pedido ou, ainda, se omite em julgar algum(uns) do(s) pedido(s) formulado(s) na petição inicial.

Com base nos argumentos jurídicos apresentados, defende-se que a petição inicial é o ato processual que exterioriza o direito constitucionalizado de movimentar a jurisdição (direito de ação), com a consequente instauração do procedimento. Nesse rumo, a petição apta é requisito de admissibilidade para o julgamento de mérito da causa, por

isso a importância do estudo do tema exposto, isto é, a técnica processual de elaboração da petição inicial.

Fundamento nisso, submete-se à crítica da comunidade acadêmica os estudos problematizados nesta pesquisa científica.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel William; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito Processual Civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do processo constitucional**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, v. 2, n. 3-4, 1999.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n.º: 862375/BA**. 2ª Turma. Relator: Herman Benjamin. Data do julgamento: 20/09/2016. Data da publicação: 10/10/2016.

BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º: 1.133.689/PE**. 2ª Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data do julgamento: 28/03/2012. Data da publicação: 18/05/2012.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Manual Elementar de Processo Civil**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. Técnica de ajuizamento da ação. *In: Técnica Processual*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 123-153.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CHACON, Luís Fernando Rabelo. **Manual de Prática Forense Civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. Campinas: Bookseller, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. São Paulo: Editora Jus Podivm, 2015.

ENUNCIADO nº 1 da EJEF/TJMG, **Enunciados sobre o Código de Processo Civil/2015**, 2016. Disponível em: <<http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>> Acesso em: 24 de maio de 2021.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**, vol.1. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. A prova na teoria do processo contemporâneo. *In*: **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Capítulo 32

Violência doméstica: aplicabilidade da Lei nº 11.340/2006 e a (in)eficácia das medidas protetivas

*Gabrielle Cristine Ferrari de Araújo
Leonara Nadielle Rodrigues Cruz
Adriana Patrícia Cortopassi Coelho*

1 Introdução

No atual cenário, se tornou normal ver notícias sobre violência doméstica, com inúmeras mulheres sendo vítimas. A Lei Maria da Penha trouxe formas inovadoras destacando: a medidas acautelatória de urgência, insculpida no artigo 22 e seguintes da Lei nº 11.340 de 2006, cuja finalidade é estancar a violência doméstica e familiar contra a mulher com mecanismos rápidos que possam frear a ação do infrator, de toda forma, vários pontos devem ser questionados no que tange a sua aplicabilidade, a ação penal competente e os objetivos a serem alcançados com a referida lei.

Vários fatores podem ser levados em consideração para avaliar se há êxito ou não na aplicabilidade da Lei, principalmente, se o estado está preparado e estruturado para solucionar o problema uma forma que, se alcance com êxito a proteção da mulher, com a finalidade de devolver a paz social, integridade moral e física da mulher. Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que lutou por quase duas décadas pela sua sobrevivência, foi baleada, eletrocutada e afogada por seu cônjuge, foram anos sendo violentada pelo cônjuge.

Entra em vigor então, a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha no ordenamento jurídico, foi criada com intuito de assegurar

milhares de mulheres e criar mecanismos com intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O presente artigo se divide em três capítulos. No primeiro se faz um resgate histórico da violência doméstica no mundo e no Brasil, abordando como se deu a criação da Lei Maria da Penha na legislação brasileira, seu conceito e as formas de violências nela dispostas. Trata-se também, o conceito de gênero e sua relevância para a constitucionalidade da Lei.

Apresenta-se, de forma mais detalhada, a disposição das medidas protetivas na Lei, que foram criadas para trazer à mulher providência jurisdicional dos direitos que lhe são devidos, que se encontram divididas entre a proteção da mulher e aquelas que obrigam o agressor a se afastar como forma de punibilidade.

E por fim, se propõe uma análise sobre a eficácia e/ou ineficácia dessas medidas protetivas.

2.Compreendendo a violência doméstica

2.1. O Brasil, a mulher e a violência

DIAS (2010), ao realizar uma análise histórica afirmou ser comum o fato em que determinados momentos a mulher fosse condenada pela sociedade. Na Idade Média, houve discursos da medicina, dos teólogos e dos juristas que geraram grande influência sobre os comportamentos sociais, isso por ditarem normas e regras com base científicas, hipoteticamente neutras e objetivas, por produzirem valores que conduzem comportamentos que inferiorizam as mulheres.

Segundo DIAS (2010), este conjunto de discursos (médico, jurídico e teológico) constroem uma figura intelectual e moral da mulher, com a intenção de mostrar que são inevitáveis certos comportamentos como fraqueza e ciúme da parte dos agressores.

A violência doméstica e familiar contra a mulher, é um fato advindo de fatores históricos, há décadas sempre se houve dizer sobre a figura patriarcal, em que o pai sempre foi o eixo e a base familiar e os demais membros eram submissos a ele, inclusive a mulher.

Segundo DIAS (2010) o homem sempre cresceu com a ideia de que quando se tornassem adultos seriam a figura patriarcal imposta pelos costumes e pela sociedade, e sua mulher conseqüentemente será sua submissa. A mulher era vista como um ser sem palavra e sem autonomia, a qual não podia manifestar suas ideias e vontades.

Mesmo com toda luta da sociedade para combater a desigualdade entre mulheres e homens, ainda se cultiva a figura do homem como o ser majoritário da família.

2.2 A Lei Maria Da Penha e seus avanços

A Lei nº 11.340/06 ficou conhecida pelo episódio ocorrido em Fortaleza, no Estado do Ceará, quando foi divulgada a história de vida da farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que se tornou mais uma mulher vítima da violência doméstica.

A história nos retrata que no ano de 1983, por duas vezes Marco Antônio Heredia Viveiros, que era cônjuge da vítima, economista e professor tentou tirar a vida dela. Na primeira vez, Maria da Penha acabou por ficar paraplégica, após um roubo simulado por seu marido, onde lhe foi deferido um tiro de espingarda, atingindo a coluna. Na segunda tentativa de homicídio, o ataque ocorreu quando a ela tomava banho e recebeu uma descarga elétrica.

Conseqüentemente, como outras mulheres vítimas de violência doméstica, Maria da Penha não se calou e também denunciou o seu cônjuge pelas agressões que sofria, que lhe deixaram marcas físicas (paraplegia irreversível) e psicológicas.

As investigações deram início em junho de 1983, mas a denúncia só foi oferecida em setembro do ano seguinte perante a 1ª Vara Criminal de Fortaleza.

Em 31 de outubro de 1986 o réu foi pronunciado e em 1991 foi condenado pelo Tribunal do Júri. A defesa do réu apelou pedindo a nulidade, alegando falha na elaboração dos quesitos, o recurso foi acolhido e no dia 15 de março de 1996, o réu foi submetido a um novo julgamento, sendo condenado com a pena de dez anos e seis meses de prisão. A sentença foi alvo de apelação e o réu permaneceu em liberdade durante as fases recursais, porém, após dezenove anos o cônjuge foi recluso e cumpriu dois anos de pena.

CAMPOS (2009) afirmou que o caso de Maria da Penha também teve grande repercussão internacional. Não satisfeita com a omissão da Justiça Brasileira, por não terem sido aplicadas as devidas medidas de investigações e tão pouco, a punição do agressor de uma forma mais célere, Maria da Penha juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o comitê Latino-Americano de Defesa dos direitos da Mulher (CLADEM), realizou a formalização de uma denúncia contra o Brasil à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA).

Uma das tarefas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos é a análise das petições que são apresentadas, que denunciam violações aos direitos humanos. Diante várias indagações formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o governo brasileiro permaneceu inerte.

Segundo CAMPOS (2009) em 19 de outubro de 1998, a Comissão Interamericana solicitou informações ao Estado, que também, permaneceu inerte diante do fato. Em 04 de agosto de 1999, reiterou o

pedido anterior, porém não obteve resposta. O pedido tornou a ser realizado em 07 de agosto de 2000, mas não se obteve sucesso.

Passados mais de 250 dias desde a transmissão da petição ao Brasil e este não havia apresentado observações sobre o caso, os fatos relatados na denúncia seriam presumidos verdadeiros. O governo brasileiro teria nova oportunidade de se manifestar no prazo de 30 dias, mas mesmo assim, preferiu permanecer na inércia.

Foi apresentado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 16 de abril de 2001 um relatório de nº 54/2001 com uma análise do fato gerador da denúncia e falhas que foram cometidas pelo governo brasileiro.

A Comissão concluiu que a impunidade, a impossibilidade de a vítima obter uma reparação e a ineficácia judicial, demonstram a falta de compromisso do governo brasileiro para agir de forma adequada diante da violência doméstica. Do crime cometido até a elaboração do relatório, verifica-se a impunidade, isso ocorre principalmente pela falta de celeridade do Poder Judiciário.

O governo brasileiro arcou com o pagamento de uma indenização no valor de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, e logo se tornou responsável omissão e negligência em relação à violência doméstica.

Em 2002 se iniciou o projeto inicial da lei Maria da Penha, elaborado com a participação de 15 ONGs que trabalhavam com a violência doméstica. O Grupo de Trabalho Interministerial elaborou o projeto que foi criado pelo Decreto nº 5.030/2004, e tinha a Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres responsável. A Deputada Jandira Feghali, relatora do projeto da Lei contra a violência doméstica realizou audiências públicas em diversos Estados, logo após a Lei nº 11.340 foi sancionada pelo Presidente da República em 07 de agosto de 2006, e está em vigor desde 22 de setembro de 2006.

Segundo DIAS (2010) alegou que com esta Lei, o Brasil passou a cumprir com as Convenções as quais é signatário, se atentando a todas as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos e também à Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a violência contra a Mulher.

Um grande avanço foi trazido pela Lei Maria da Penha, como procedimentos que facilite o acesso à Justiça, mais transparência ao que é violência doméstica, levando melhor acesso a sociedade.

São de extrema importância e significativos os avanços da nova lei. Como novidade a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher – JVDfMs, abordando a competência criminal e cível.

De acordo com o artigo 17 da Lei nº 11.340 de 2016, é vedada a aplicação de penas de cestas básicas, prestações pecuniárias ou o pagamento de isolado de multas, é permitida a prisão preventiva do agressor, por determinação do magistrado pode também fazer com seja obrigatório o comparecimento a programas de reeducação e recuperação.

Diante dos fatos e de acordo com o artigo 22 e seus incisos da Lei nº 11.340 de 2016, o magistrado pode adotar medidas que façam com que essa violência seja cessada, como exemplo, determinar que o agressor se mantenha afastado do lar e que o mesmo não se aproxime de forma alguma da vítima.

2.3 Os tipos de violência

A Lei nº 11.340/06, conhecida como Maria da Penha, objeto do nosso estudo, define violência doméstica no seu artigo 5º:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006).

A ação ou omissão ocorre na unidade doméstica ou familiar, ou em razão de qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima. Deste modo, sabe-se que não há necessidade que vítima e agressor convivam no mesmo lar para a configuração de violência doméstica. SOUZA (2009) indaga que bastasse que agressor e agredida mantivessem, ou já tenham mantido, um vínculo de natureza familiar.

Estão previstas na Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha, 05 (cinco) modalidades de violência doméstica e familiar, sendo elas física, psicológica, moral, sexual e patrimonial.

As formas de agressões são perversas e obscuras, ocorrendo ou não de forma isolada uma das outras, contudo ressalta-se que todas são caracterizadas como a violação dos direitos das mulheres.

Alguns casos de violência que ocorrem dentro de um relacionamento íntimo conjugal causam lesões de natureza graves ou gravíssimas, lesões psicológicas e em alguns casos podem até chegar ao homicídio. Serão

mencionados os tipos de violência elencados no artigo 7º da Lei nº 11.340/06.

2.3.1 Violência psicológica

CUNHA (2008) alegou que a violência psicológica trata da agressão que afeta o lado emocional da mulher, essas agressões são causadas por rejeições, ameaças, humilhações, fazendo com que a vítima se sinta inferiorizada. De acordo com o artigo 7º, II da Lei nº 11.340/06, temos a definição da violência psicológica:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.(BRASIL, 2006).

Vale ressaltar que a violência psicológica não afeta apenas somente a vítima, de forma indireta aqueles que convivam ou presenciam a violência. Segundo SOUZA (2008), os filhos que presenciam a violência psicológica entre os pais podem identificar isso como uma ação normal e agir de forma semelhante.

2.3.2 Violência física

De acordo com o artigo 7º, I da Lei nº 11.340/06, temos a definição da violência física:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. (BRASIL, 2006).

O uso da força física ofende o corpo e a saúde da mulher, podendo causar sintomas que contribuam para a identificação da agressão tais como: arranhões, queimaduras, hematomas ou fraturas. DIAS (2008) afirma que o estresse causado em virtude da violência pode se manifestar em forma de dores de cabeça, no corpo em geral, fadiga crônica e também distúrbios no sono.

O Código Penal Brasileiro protege a integridade física e a saúde corporal, no seu artigo 129, caput, classificando esse ato como lesão corporal.

A violência doméstica já configurava forma qualificada de lesões corporais, tendo sido inserida no Código Penal, em 2004, pela Lei 10.886/2004, com o acréscimo do parágrafo 9º ao art.129 do Código Penal: se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade.

Segundo DIAS (2008) Lei Maria da Penha, portanto, limitou-se a alterar a pena desse delito, diminui a pena mínima e aumentou a pena máxima: de seis meses a um ano, a pena passou para três meses a três anos.

2.3.3 Violência moral

De acordo com o artigo 7º, V da Lei nº 11.340/06, temos a definição da violência moral:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Diante da análise no Código Penal Brasileiro, violência moral tem proteção nos delitos contra a honra: calúnia, difamação e injúria. São denominados delitos que protegem a honra, mas, cometidos em decorrência de vínculo de natureza familiar ou afetiva, configuram violência moral.

Na calúnia, o fato atribuído pelo ofensor à vítima é definido como crime. Na injúria não há atribuição de fato determinado, mas na difamação há atribuição de fato ofensivo à reputação da vítima. A calúnia e a difamação atingem a honra objetiva; a injúria atinge a honra subjetiva.

NUCCI (2009) salientou que a calúnia e a difamação se consumam quando terceiros tomam conhecimento da imputação; a injúria consuma-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação.

2.3.4 Violência sexual

De acordo com o artigo 7º, III da Lei nº 11.340/06, temos a definição da violência sexual:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (BRASIL, 2006).

A violência sexual tem uma grande abrangência e variação de tentativas e atos na relação sexual, ela pode ser coagida, ter uso de força física. A violência sexual também abrange aqueles que são cônjuges ou companheiros, ou seja, também é considerado estupro em caso de relação forçada.

A violência sexual, segundo CUNHA (2008), tem diversas formas de consumação, estupro na constância do casamento ou namoro; negação da mulher quanto ao direito de fazer uso de métodos contraceptivos ou de diferentes medidas que a previna de doenças sexualmente transmissíveis. Ser forçada a cometer aborto e atos de violência contra a integridade sexual da mulher como a mutilação da genital feminina e exames que a obriguem provar sua virgindade, também são formas de violência.

Essas agressões causam vergonha, medo e culpa, o que faz com que contribua para o silêncio da vítima.

2.3.5 Violência patrimonial

De acordo com o artigo 7º, IV da Lei nº 11.340/06, temos a definição da violência patrimonial:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades. (BRASIL,2006).

A violência patrimonial consiste no ato de diminuir objetos da mulher, como por exemplo, o ato de furtar, sendo este ato de acordo com

o Código Penal, se subtrair para si coisa alheia móvel, configura o delito de furto.

A violência patrimonial, também exemplificada como os atos de apropriação ou destruição de coisa alheia, mesmos verbos utilizados pela lei penal para configurar tais crimes.

3 Medidas Protetivas

3.1 Conceito de Medida Protetiva

As medidas protetivas são destinadas a dar uma proteção maior a mulher, são ações que visam garantir a proteção da mulher que se encontrar exposta em situação de risco e ameaça. Busca-se a medida disponibilizada pelo estado de forma jurisdicional contra seu agressor, para que assim, possa ser livre.

De acordo com o artigo 12 da Lei nº 11.340/06 por se tratar de uma medida de urgência assim que autoridade policial é provocada pela vítima, se tem o prazo de 48 horas para encaminhar ao Judiciário o pedido da medida protetiva.

3.2 Aplicação da Medida Protetiva contra o agressor

Segundo DIAS (2013), as medidas protetivas não tem somente origem em procedimentos que são realizados pela autoridade policial, nas demandas cíveis também são provocadas pelo Ministério Público. Está elencado na Lei Maria da Penha um capítulo que dedicado especialmente as medidas protetivas de urgência, essas medidas tem um caráter provisional.

Estão elencadas no artigo 22 da Lei nº 11.340/06 as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequência de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

§ 2º Na hipótese de aplicação do inciso I, encontrando-se o agressor nas condições mencionadas no caput e incisos do art. 6º da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição as medidas protetivas de urgência concedidas e determinará a restrição do porte de armas, ficando o superior imediato do agressor responsável pelo cumprimento da determinação judicial, sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou de desobediência, conforme o caso.

§ 3º Para garantir a efetividade das medidas protetivas de urgência, poderá o juiz requisitar, a qualquer momento, auxílio da força policial.

§ 4º Aplica-se às hipóteses previstas neste artigo, no que couber, o disposto no caput e nos §§ 5º e 6º do art. 461 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). (BRASIL,2006).

Logo percebe-se que, as medidas protetivas são voltadas exclusivamente ao agressor que comete a violência doméstica, ficando este sujeito a cumprir as obrigações e restrições determinadas por Lei.

3.2.1 Suspensão, Restrição ao Porte de Armas

Quando se trata da violência causada contra a mulher, é demonstrada grande preocupação para desarmar aquele que possui o porte ou posse de arma de fogo e a utiliza para gerar a violência. De acordo com o artigo 22, I da Lei nº 11.340/06 é admitido que seja haja proibição ou suspensão do porte e da posse de arma de fogo.

Com base na Lei nº 10.826/03 do Estatuto do Desarmamento uma vez que não há a devida autorização e registro concedido pela Polícia Federal é proibido possuir e portar a arma de fogo, caso o agressor disponha da posse ou porte regular de arma de fogo, seu desarmamento só pode acontecer com a solicitação da vítima da violência causada. Maria Berenice Dias descreve:

Sendo legal a posse e o uso da arma de fogo pelo agressor, denunciando a vítima à autoridade policial a violência e justificando a necessidade de desarmá-lo, por temer pela própria vida, será instalado expediente a ser remetido ao juízo. Deferido o pedido e excluído o direito do ofensor manter a posse da arma, ou sendo limitado o seu uso, deve-se comunicar a quem procedeu ao registro e concedeu a licença: o Sistema Nacional de Armas (SINARM) e a Polícia Federal. Caso o agressor tenha direito ao uso de arma de fogo, segundo o rol legal, o juiz comunicará ao respectivo órgão, corporação ou instituição que impôs. O superior imediato do agressor fica responsável pelo cumprimento da determinação judicial sob pena de incorrer nos crimes de prevaricação ou desobediência. A restrição é válida para evitar tragédia maior. Se o marido agride a esposa, de modo a causar lesão corporal, se possuir arma de fogo, é possível que, no futuro progrida para o homicídio. (DIAS, 2013)

Não há impedimento nas medidas protetivas que obrigam o agressor, a aplicação de demais medidas, uma vez que a segurança da ofendida está em risco.

3.2.2 Afastamento do Domicílio

O mais importante é fazer com que o agressor se mantenha distante da vítima e familiares que sofrera a violência doméstica. De acordo com o artigo 22, II da Lei nº 11.340/06 o agressor deve ser mantido afastado de onde havia sua convivência com a vítima. O lugar onde conviviam vítima e agressor não possui uma definição, ou seja apartamento, casa, hotel, sitio e etc.

Fazendo um breve apanhado sobre as formas de punibilidade para o agressor quando o mesmo descumpra a medida protetiva imposta. Inicialmente era baseado no artigo 359 do Código Penal Brasileiro, desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito:

Art. 359 - Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa." (BRASIL, 1940)

Em 2014, o entendimento o julgado **REsp1477671** da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou a aplicação de pena pecuniária em caso de descumprimento da medida protetiva imposta ao agressor.

No mês de abril do ano 2018, foi incluído pela Lei nº 13.641/18 o crime de descumprimento das medidas protetivas de urgência, com pena de detenção de 3 meses a 2 anos e nos casos de prisão em flagrante poderá ser concedida pagamento de fiança pelo judiciário, conforme disposto no artigo 24-A da Lei nº 11.340/06:

Art. 24-A. Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2º Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3º O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2018).

Todo e qualquer descumprimento das medidas há um crime no qual o agressor será responsabilizado pelo seu cometimento.

3.2.3 Suspensão de Visitas ou sua restrição

Segundo DIAS (2013), o pedido de afastar o agressor dos filhos suspendendo as visitas regulares só pode ocorrer caso seja dada a falta de segurança da vítima. Pode o Juiz suspender ou restringir as visitas do agressor aos filhos conforme está disposto no artigo 22, IV da Lei nº 11.304/2006.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar. (BRASIL, 2006).

De acordo com DIAS (2013), em caso de risco aos filhos ou a ofendida, as visitas são suspensas em sede liminar. Para que os filhos não percam a referência paterna a medida de restrição ou suspensão deve ser temporária. Quando a violência é direcionada apenas a mãe, pode ser

acordado para que as visitas sejam realizadas em local diverso ao de vivência da genitora.

3.2.4 Não Suspensão da Obrigação alimentar

De acordo com DIAS (2013), a fixação dos alimentos provisórios ou provisionais não sendo identificadas como medida protetivas, essa decisão é de grande relevância para que possa ser mantida o sustento da família.

Derradeiramente, o judiciário pode impor ao agressor como medida protetiva, os alimentos em favor da vítima, conforme o artigo 22, V da Lei nº11.340/06:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006).

A ofendida pode requerer a obrigação alimentícia para e ela e para seus filhos e pode ser determinada pelo Juizado de Violência Doméstica ou Juiz Criminal. (DIAS, 2013)

3.3 Das Medidas Protetivas De Urgência À Ofendida

3.3.1 Programas de Proteção e encaminhamento da vítima

A Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/06 prevê em seu Artigo 18, medidas protetivas de urgência á ofendida, conforme disposto abaixo:

Art.18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas: I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para o ajuizamento da ação de separação judicial, de divórcio, de anulação de casamento ou de

dissolução de união estável perante o juízo competente; III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis. IV - determinar a apreensão imediata de arma de fogo sob a posse do agressor. (BRASIL,2006)

Em seu inciso II, a Lei Maria da Penha prevê que é assegurada a proteção da ofendida, podendo ser encaminhada a programas de proteção à vítima.

O canal de notícias Agência CNJ publicou em 19 de agosto de 2016, os programas para proteção as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no Brasil, sendo estes:

- **Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher (DEAMs):** são unidades da Polícia Civil que realizam ações de prevenção, apuração, investigação e enquadramento legal. Nessas unidades, é possível registrar boletim de ocorrência e solicitar medidas de proteção de urgência.
- **Juizados/Varas especializadas:** são órgãos da Justiça com competência cível e criminal, responsáveis por processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Suas principais funções são: julgar ações penais e conceder medidas protetivas
- **Coordenadorias de Violência contra a Mulher:** criadas em 2011, por resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), são responsáveis por elaborar sugestões para o aprimoramento da estrutura do Judiciário na área do combate e prevenção da violência contra as mulheres e dar suporte aos magistrados, servidores e equipes multiprofissionais neste tipo de trabalho, como forma de melhorar a prestação jurisdicional.
- **Casas-Abriço:** oferecem local protegido e atendimento integral (psicossocial e jurídico) a mulheres em situação de violência doméstica (acompanhadas ou não de filhos) sob risco de morte. Podendo permanecer nos abrigos de 90 a 180 dias
- **Casa da Mulher Brasileira:** integra, no mesmo espaço, serviços especializados para os mais diversos tipos de violência contra as mulheres: acolhimento e triagem; apoio psicossocial; delegacia; juizado; Ministério Público, Defensoria Pública; promoção de autonomia econômica; cuidado

das crianças – brinquedoteca; alojamento de passagem e central de transportes.

- **Centros de Referência de Atendimento à Mulher:** fazem acolhimento, acompanhamento psicológico e social e prestam orientação jurídica às mulheres em situação de violência.
- **Órgãos da Defensoria Pública:** prestam assistência jurídica integral e gratuita à população desprovida de recursos para pagar honorários de advogado e os custos de uma solicitação ou defesa em processo judicial, extrajudicial, ou de um aconselhamento jurídico.
- **Serviços de Saúde Especializados para o Atendimento dos Casos de Violência Contra a Mulher:** contam com equipes multidisciplinares (psicólogos, assistentes sociais, enfermeiros e médicos) capacitadas para atender os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. NOTÍCIAS CNJ; CNJ Serviço; Conheça a rede de proteção à mulher vítima de violência; 19 de agosto de 2016.

Os programas mencionados são voltados às mulheres vítimas de violência doméstica, com intuito de realizar o acolhimento de emergência às vítimas, bem como resguardar seus direitos e proteção.

3.3.2 Retorno ao Domicílio

A ofendida ao apresentar denúncia poderá retornar juntamente com seus dependentes, caso haja, ao respectivo domicílio, sendo este retorno determinado pelo juiz, ocorrendo após o afastamento do agressor, conforme disposto no Artigo 23, II, Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor. (BRASIL,2006).

3.3.3 Da Separação de Corpos

A ofendida ao apresentar denúncia poderá através do juiz a determinar a separação de corpos, conforme está prevista no Artigo 23, IV, Lei nº 11.340/06:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: IV - determinar a separação de corpos. (BRASIL,2006).

A separação de corpos tem o objetivo romper de imediato o convívio da ofendida com o agressor. O desembargador Newton Teixeira de Carvalho recomenda:

Neste caso, é conveniente que o juiz marque audiência para ouvir o cônjuge ou convivente, sem o conhecimento da parte agressora, para comprovação dos fatos o mais rapidamente possível”, neste caso havendo a comprovação do fato o juiz determina a separação de corpos. (NOTICIAS IBDFAM; CPC 2015 Simplifica a separação de corpos; 09 de março de 2016.

Em caso que há comprovação do fato, o juiz determina a separação de corpos de forma imediata.

3.3.5 Aplicação das medidas de ordem patrimonial

De acordo com o artigo 24 Lei nº 11.304/06, apresenta as formas de proteção dos bens patrimoniais.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras: I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial; III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; IV - prestação de caução

provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida. Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL,2006)

Após o afastamento do domicílio e a separação de corpos os bens adquiridos durante o casamento deveram ser preservados, devendo ser compartilhado, de uma forma que não beneficie a ofendida e nem o agressor, bem como vedando a celebração de contrato de compra e venda de patrimônio em comum, suspensão de procurações pela ofendida ao agressor.

Ressalta se que o agressor deverá arcar por perdas e danos materiais advindos da prática da violência doméstica cometido contra a ofendida, tal comprovação se dá por via de depósito judicial.

4 Lei Maria da Penha e sua ineficácia e as falhas em sua aplicabilidade

A Lei nº 11.304/06, conhecida como a Lei Maria da Penha tem como objetivo prevenir atos de violência contra mulheres e sancionar os agressores em crimes cometidos contra a mulher no âmbito familiar.

Entretanto após a Lei Maria da Penha em vigor há mais de 10 anos, os crimes praticados contra a mulher vêm aumentando cada vez mais, conforme os dados de “Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e de Vítimas de Femicídio” disponibilizado em março de 2021, que tem como fonte a Polícia Civil do Estado de Minas Gerais.

Através dos dados assegurados pela Polícia Civil de Minas Gerais e possível constatar números alarmantes, chegando a quase 500.000 casos de violência doméstica e familiar contra a mulher nos últimos 39 (trinta e nove) meses.

Diante do crescimento de casos dos crimes praticados contra a Mulher devem ser observadas suas falhas e sua ineficácia.

4.1 Ineficácia da Lei Maria da Penha

Os números alarmantes de crimes praticados contra as mulheres em seu âmbito familiar, lugar este que deveria ser de afeto e segurança torna-se cada vez mais assustador e desesperador, devem ser observados à falha da aplicabilidade. O estado vem sendo falho na aplicabilidade da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.304/06, tornando assim ineficaz.

Segundo ANJOS (2006), o combate à violência contra a mulher depende fundamentalmente, de amplas medidas sociais e profundas mudanças estruturais da sociedade (sobretudo extrapenais).

Com o crescimento acelerado de queixas realizadas por mulheres em situações no qual se sentem ofendidas, o Estado muitas das vezes não consegue acompanhar de forma tão célere, trazendo assim um receio à ofendida, acreditando que não haverá uma punição ao agressor.

É sabido que muitas das vítimas de violência doméstica por “medo” não realiza a denúncia, contudo tal atitude pode a vim ser fatal com a não denúncia.

4.2 Falhas na aplicabilidade da Lei Maria da Penha

É notória o quanto é importante e benéfica é a letra da Lei Maria da Penha para a vítima, contudo é de fácil identificação as falhas em sua aplicabilidade. Em uma entrevista concedida pelo Jurista Miguel Reale o mesmo afirma que essa falha se dá pela falta de apuração dos fatos pelo Poder Executivo e Ministério Público.

Segundo o Jurista Miguel Reale, de nada vale reformular a lei, se de fato não houver um amadurecimento da mentalidade no que se trata do Judiciário na adoção de novas medidas, as normas desenvolvidas relacionadas as penas restritivas, são normas de fácil controle e

aplicabilidade através de um plano preventivo, uma vez que o mesmo não é executado se procria a impunidade.

Vale ressaltar que a falha na aplicabilidade da Lei Maria da Penha trata-se também de uma responsabilidade política pública, onde essa atuação deve ser um processo gradual, desde um processo de avaliação psicológica do agressor até a proposta de ressocialização, onde se busca compreender o que leva o agressor a cometer tal ato de violência.

De acordo com reportagens do Jornal Globo, nota-se que as vítimas tem realizado a denúncia de seus agressores, porém as medidas protetivas não são aplicadas conforme determinadas em Lei.

Uma mulher foi assassinada na manhã desta segunda-feira (16) no centro de Novo Mundo, a 791 km de Cuiabá, logo após sair da delegacia onde denunciou o marido por agressão e estupro.

María Irene Rodrigues Feitosa de Moura, 31 anos, foi morta a facadas e o marido, que não teve o nome divulgado, foi preso em flagrante.

A mulher havia relatado aos policiais que ainda sentia dores pelo corpo, mas que resolveu denunciá-lo, pois queria a separação. A mulher lembrou que já tinha denunciado o companheiro por violência doméstica, quando eles viviam em Fortaleza, no Ceará. (NOTÍCIAS: JORNAL GLOBO, 2020).

Nos noticiários é notório um aumento significativo de homicídios e violência doméstica contra as mulheres, principalmente no atual cenário pandêmico, conforme Jornal Globo.

A violência aumentou no Rio Grande do Norte, ao longo do primeiro semestre de 2020, na comparação com o primeiro semestre de 2019, de acordo com dados do **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020**, lançado pela Fórum de Segurança Pública nesta segunda-feira (19). O estudo buscou levantar o impacto da pandemia do coronavírus sobre os dados da segurança pública neste período.

Para os pesquisadores, embora as previsões mais pessimistas não tenham se concretizado, o Brasil voltou a registrar aumento de mortes e perdeu "uma grande oportunidade de transformar a tendência de redução das mortes violentas intencionais observada entre 2018 e meados de 2019" em algo permanente.

De janeiro a julho, o estado registrou aumento superior a 11% nas mortes violentas intencionais, que envolvem casos de homicídios, latrocínios, e também de mortes por intervenção das polícias. Já os estupros de vulneráveis tiveram crescimento de 47,5% e a lesão corporal e a ameaça contra mulheres também registraram altas.

Os números ficaram na contramão dos dados totais de 2019 - **ano em que o estado apresentou redução de mortes letais intencionais pela segunda vez consecutiva** e registrou o menor número de vítimas da violência desde 2012, por exemplo. (NOTÍCIAS: GLOBO, 2020).

Segundo a tabela abaixo retirada do site de Segurança Pública do governo de Minas Gerais é notório o aumento de casos de Violência Doméstica e de Vítimas de Femicídio, principalmente no ano de 2020 no qual todo o país passa por uma pandemia:

Soma de QTD DE VÍTIMAS		Rótulos de Coluna												
Rótulos de Linha		1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Total Geral
2018		30	31	34	36	31	28	39	36	55	45	45	31	441
CONSUMADO		9	10	13	11	13	6	12	13	20	18	22	10	157
TENTADO		21	21	21	25	18	22	27	23	35	27	23	21	284
2019		30	28	26	28	38	26	24	24	38	41	25	52	380
CONSUMADO		12	11	9	13	14	10	10	8	17	15	10	15	144
TENTADO		18	17	17	15	24	16	14	16	21	26	15	37	236
2020		24	38	28	28	24	32	24	26	33	30	33	32	352
CONSUMADO		6	14	10	14	10	13	16	14	8	14	13	17	149
TENTADO		18	24	18	14	14	19	8	12	25	16	20	15	203
2021		24	24	28										76
CONSUMADO		11	8	6										25
TENTADO		13	16	22										51
Total Geral		108	121	116	92	93	86	87	86	126	116	103	115	1.249

Dados de MARÇO de 2021 são parciais

Fonte Secretária de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais, 2021.

A administração pública tem o dever de criar meios que visam a proteção das vítimas da violência doméstica, a Lei assegura o direito de proteção as vítimas, porém é atribuição do Estado viabilizar situações pertinentes para que realmente a vítima se sinta segura.

É necessário que haja mais agilidade no cumprimento da Lei Maria da Penha, que tenha mais aplicabilidade contra os agressores.

Posto isso, percebe-se que a Lei nº 11.340/06 é bem apreciada e assistida, porém uma vez que as vítimas se dirigem até as delegacias, realizam as denúncias e mesmo assim são verificadas falhas em sua aplicação, demonstra que o Estado não tem disponibilizado as vítimas todo amparo indispensável.

5 Considerações Finais

A Lei Maria da Penha nº 11.340/06 está em vigor a mais de uma década, e mesmo com lei expressa, percebe-se o aumento de violência de gênero no nosso cotidiano.

A Lei nº 11.340/06 foi criada com intuito de assegurar milhares de mulheres e criar mecanismos com intuito de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

O ato da violência doméstica contra a mulher traz um sentimento de negação, pois inexistente o respeito, liberdade, o direito à vida e o direito de uma convivência tranquila.

Percebe-se um crescimento alarmante de mulheres que são violentadas pelos seus companheiros. Posto isto, a violência é crescente independente da forma como a sociedade vem se modernizando quando se trata da igualdade de gêneros e de direitos, tendo as mulheres seus direitos diminuídos perante a relação do casal, direitos estes que infringem em seu íntimo.

É perceptível a influência do modelo patriarcal nos âmbitos familiares, dessa forma fazendo com que as mulheres sejam mais discriminadas e submissas a figura masculina, diante disto podemos ressaltar fatores importante no tocante a violência doméstica: a dependência financeira, o receio de ser mãe solo, medo da discriminação na sociedade.

A violência na maioria das vezes gera consequências letais, pois são causadas de forma física e psicológica, fazendo com que as marcas sejam permanentes.

Com base nas pesquisas e estudos realizados na aplicabilidade Lei Maria da Penha, conclui-se que existem falhas em decorrência ao Poder Executivo e Judiciário, pois ainda não disponibilizam de meios que leve uma total proteção a vítima.

Posto isto, as mulheres, vítimas de violência doméstica enfrentam um desafio constante, pois não oferecem denuncia, ficando muitas vezes à mercê do sistema e de seus agressores.

Referências

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>

Acesso em: 18 ago. 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de. Lei Maria da Penha: um Novo Desafio Jurídico. In: Violência Doméstica: Vulnerabilidade e Desafios na Intervenção Criminal e Multidisciplinar. Fausto Rodrigues de Lima, Claudiene Santos (Org.), Ed. Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2009.

CONHEÇA a rede de proteção à mulher vítima de violência. CNJ NOTÍCIAS. 19 de agosto de 2016. Disponível em <cnj.jus.br/cnj-servicos-conheca-a-rede-de-protecao-a-mulher-vitima-de-violencia/> Acesso em: 22 mar. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006)**, comentado artigo por artigo. 2.ed.rev.atual. e ampl., ed. Revista dos Tribunais, São Paulo 2008.

DESCUMPRIR medida protetiva não configura delito de desobediência. **STJ. 06 de janeiro de 2015**. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2015/2015-01-06_08-00_Descumprir-medida-protetiva-nao-configura-delito-de-desobediencia.aspx> Acesso em: 24 abr. 2021.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2.ed. rev., anual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, **Maria Berenice. Lei Maria da penha**. 4^a ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VIOLÊNCIA Contra a Mulher, Minas Gerais, 15 de maio de 2020. Disponível em: <<http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/page/3118-violencia-contra-a-mulher#>> Acesso em: 22 mar. 2021.

HOMICÍDIOS e violência doméstica aumentam durante pandemia no RN. G1. 19 de outubro de 2020. Disponível em: < <https://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2020/10/19/anuario-da-violencia-2020-homicidios-e-violencia-domestica-aumentam-urante-pandemia-no-rn.ghtml>> Acesso em 24 de abr. de 2021.

MULHER é assassinada logo após ir na delegacia denunciar marido por agressão e estupro em MT. Jornal Globo MT. 16 de março de 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2020/03/16/mulher-e-assassinada-logo-apos-ir-na-delegacia-denunciar-marido-por-agressao-e-estupro-em-mt.ghtml>> Acesso em 24 de abr. de 2021.

Capítulo 33

O impacto da violência doméstica na vida da mulher que exerce o trabalho remoto em tempos de pandemia de COVID-19

*Aline Ricelli Gonçalves Andrade
Thalita Grazielle Pereira de Souza
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas*

1 Introdução

Indicado por um conjunto de comportamentos agressivos que atingem a esfera emocional, física e psicológica das vítimas, este artigo apresenta um posicionamento acerca dos atos de violência no âmbito familiar, decorrentes do período de pandemia do COVID-19. Atos estes, que atingem inúmeras pessoas na atualidade, sendo definidos como uma prática intencional de força física e psíquica.

Visa-se abordar o constante crescimento da violência familiar, e seu alcance de pessoas que independente dos fatores sociais, religiosos ou culturais, são expostas aos riscos de uma violência que tem ocorrido em ocasiões consideradas habituais, e que são encobertas pelo medo e o silêncio.

É de conhecimento que, tais condutas atingem moralmente e emocionalmente diversas pessoas, originando sérias consequências como distúrbios psicológicos e lesões físicas. Portanto, os atos praticados contra a figura feminina tiveram um crescimento demasiado nos últimos tempos. Desta forma, abordar-se-á, sobretudo, a figura feminina como vítima de tal realidade.

A sobrecarga proveniente dos serviços domésticos e o cuidado com a família, juntamente com o trabalho em Home office, tem alavancado os

casos de violência doméstica. As formas de proteção existentes se tornam, aos poucos, insuficientes para garantir proteção às vítimas de violência frente ao nosso “novo normal”.

Desta forma, além de trazer alertas ao tema, por meio de técnica bibliográfica, pretende-se apresentar também críticas e possíveis soluções para reduzir o avanço dos casos de violência na vivência com a pandemia atual.

2. A violência contra a mulher

Ao se referir à violência, compreende-se que se trata de um fenômeno complexo, que existem diversas perspectivas. No entanto, destaca-se o assédio contra a mulher, como uma conduta abusiva que por uma sucessão de acontecimentos, afeta, sobretudo, a esfera psíquica e física da vítima.

A violência contra as mulheres é um ato costumeiro no casamento, desde os tempos medievais, nos quais as mesmas eram representadas pelos homens, sendo consideradas como um símbolo de desvalorização social.

A figura feminina era reprimida por sua sexualidade, e restrita de diversos direitos por ser caracterizada como incapaz, inexistindo a proteção legal às mesmas na época. Em 1985, foi criada a primeira Delegacia de Atendimento Especializada à Mulher (DEAM), no Estado de São Paulo, com objetivo de promover amparo às mulheres. Após a Constituição Federal de 1988, ocorreu ampliação mais abrangente nos direitos das mulheres, e somente no ano de 2006 foi sancionada a Lei Maria da Penha para prevenção e punição da violência doméstica, tendo ainda como complemento, a criação da Lei 14.022/2020, por meio da PL 1.291/2020 da relatora Rose de Freitas, após a ascensão da pandemia

provocada pelo Coronavírus e aumento relevante dos casos de violência doméstica.

Atualmente, a desigualdade de gênero é a principal causa de violência contra a mulher, no qual se destaca uma relação de incompatibilidade de poder, em que os comportamentos e escolhas são limitadas para a figura feminina.

Sabe-se que, em muitos casos, as mulheres ficam ao lado do agressor por falta de recursos financeiros, constrangimento, medo, bem como para a proteção dos filhos, e sistematicamente, ocorre o feminicídio por desconsiderar a dignidade da vítima enquanto mulher.

Marli da Costa e Quelen de Aquino (2011) analisa o tema sobre o seguinte ponto de vista: “a violência contra a mulher é um problema de relevância social, pois se refere não só às questões de criminalidade, como principalmente destaca-se como verdadeira afronta aos direitos das mulheres”.

À vista disso, refletindo um vasto problema social, criminal e de saúde pública, interpreta-se que a violência, ao longo de muitos anos atinge principalmente as mulheres, no qual ocorre de forma oculta, minuciosa e subentendida, estando presente em gestos, palavras, assim como no silêncio, de maneira que desrespeita princípios e direitos da figura feminina.

É possível considerar que, a violência doméstica contra vítimas do sexo feminino, muitas vezes parece pouco comovente, pelo fato de ser vista como algo natural para quem adquire encorajamento para praticar algum tipo de agressão.

Considera-se, que independente da investida que seja interpretada como desrespeitosa e feita sem a permissão da mulher, seja esta prestada em qualquer circunstância, é inaceitável e configura violência. Diante

disso, conclui-se, que inexistiu momento específico para resultar violência contra a mulher.

2.1 Conceito e Espécies de Violência

A violência é caracterizada, de maneira concreta ou ameaça, pelo uso proposital da força física ou poder, podendo ser provocada contra si, outra pessoa, ou contra um determinado grupo, no qual proceda ou tenha viabilidade de proceder dano psicológico ou corpóreo, insuficiência de desenvolvimento, ou até mesmo resultar a morte.

Acerca da violência doméstica, observa-se que a Lei Maria da Penha, em seu artigo 5º, dispõe que a violência doméstica contra a mulher, se caracteriza a qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Machado e Gonçalves (2003) destacam em seu livro *“Violência e vítimas de crime”*, o seguinte trecho:

Considera-se violência doméstica “qualquer acto, conduta ou omissão que sirva para infligir, reiteradamente e com intensidade, sofrimentos físicos, sexuais, mentais ou económicos, de modo directo ou indirecto (por meio de ameaças, enganos, coacção ou qualquer outro meio) a qualquer pessoa que habite no mesmo agregado doméstico privado (pessoas – crianças, jovens, mulheres adultas, homens adultos ou idosos – a viver em alojamento comum) ou que, não habitando no mesmo agregado doméstico privado que o agente da violência, seja cônjuge ou companheiro marital ou ex-cônjuge ou ex-companheiro marital. (MACHADO; GONÇALVES, 2003, p.26).

Dessa forma, em concordância com o artigo 7º da Lei 11.340/2006, entende-se que a violência doméstica apresenta diferentes formas, sendo estas tipificadas como violência física, psicológica, sexual, moral e patrimonial.

Portanto, é possível compreender que as mulheres vítimas de agressões domésticas, sofrem principalmente a violência física e psicológica, na qual na maioria das vezes, as mesmas manifestam reações pela agressão sofrida com vergonha e sofrimento. Assim, aborda-se, no presente artigo, a definição e as características sobre as principais violências que as mulheres enfrentam.

A violência física, é representada como qualquer comportamento que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, de modo que o agressor fere a vítima, com o uso da força física, podendo provocar lesões internas e externas. Esta violência, pode ser manifestada de diversas formas, seja como tapas, queimaduras, estrangulamentos e até mesmo como danos à integridade decorrentes de negligência, identificados como omissão de cuidados e de proteção em situações de perigo.

No tocante, a violência psicológica é caracterizada como qualquer conduta que cause danos emocionais e psíquicos à mulher, de modo que prejudique o desenvolvimento da mesma. Esta espécie de violência, pode ser demonstrada principalmente através de ameaças, desvalorização, exploração, bem como por insultos constantes.

3 A mulher e o teletrabalho/trabalho em home office em tempos de pandemia

A pandemia do COVID-19, trouxe um novo cenário mundial com diversas alterações em diversos campos da vida do ser humano, interferindo, diretamente, no desenvolvimento de suas relações sociais. No campo profissional, a principal medida determinada para a situação de calamidade pública do novo vírus, foi o isolamento social. O Governo Federal editou a Medida Provisória 927/2020 (caducada em julho/20), com a ampliação e adaptação das possibilidades de trabalho à distância, citando o teletrabalho/home-office. Com essa nova perspectiva, os

empregadores teriam a opção de alterar o ambiente de trabalho dos empregados para o modelo remoto, independentemente de diálogos ou negociações.

O trabalho remoto veio como uma necessidade sanitária e para muitos uma solução muito bem recebida devido a comodidade e economia, no entanto, também trouxe pontos negativos como por exemplo, a eliminação dos direitos do trabalho e implicações para a saúde de diversos trabalhadores, principalmente as mulheres que precisam se organizar entre trabalho, cuidados com casa e família. Diante desse novo cenário, o presente capítulo traz uma breve observação do trabalho feminino à distância durante a pandemia da COVID-19.

3.1 Conceito e requisitos de Teletrabalho

Segundo o art. 75-B da CLT, podemos conceituar como teletrabalho “a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo”. Dessa forma, atividades externas, como as de vendedor, motorista, por exemplo, que não têm um local fixo de trabalho, não será considerada teletrabalho.

No teletrabalho, os direitos dos teletrabalhadores serão os mesmos de um trabalhador normal, incluindo a carteira assinada, férias, 13º salário e depósitos de FGTS.

A modalidade de teletrabalho deve realizar um contrato individual de trabalho, especificando as atividades a serem desenvolvidas pelo empregado. Na situação emergencial, como a pandemia da COVID-19, o trabalho remoto, pode ser uma alternativa a ser adotada, desde que respeitados os limites estabelecidos na legislação trabalhista e no contrato

de trabalho. Apesar de o empregado estar laborando em sua residência, o local da prestação do serviço permanece sendo a empresa.

Nessa modalidade de trabalho os colaboradores que estão submetidos a esse regime e a isenção do controle de jornada, no entanto, possui uma exceção no regime de jornada de trabalho, disposta no artigo 62 da CLT, abordando que devido à dificuldade de controle da jornada, não há direito ao pagamento de horas extras, adicionais noturnos, etc. Sobre esse entendimento, o TST, se manifestou que quando houver meio de controle patronal da jornada, é possível sim, o reconhecimento desses adicionais.

3.2 Qual a diferença de Home Office para o Teletrabalho?

Segundo Leonardo Barros (2021), “a principal diferença entre o teletrabalho e o home office é que o primeiro está na lei, logo tem regras próprias, já o segundo regime de trabalho obedece às mesmas regras que o trabalho presencial”. Em outras palavras, podemos dizer, embora ambos sejam desempenhados em casa, não é a mesma coisa.

O Home office funciona como uma extensão da empresa em casa, uma situação pontual e não permanente, podendo variar os locais de trabalho, sendo necessário registrar a jornada de trabalho como se estivesse na empresa.

Para o home office, a legislação não difere em nada ao trabalho presencial, devendo a empresa providenciar o mesmo ambiente de trabalho que existe dentro da empresa, além disso, ao contrário do teletrabalho, no home office não se faz necessário alterações contratuais para prestação de serviço.

Com o entendimento sobre o trabalho home office e o Teletrabalho, é relevante a análise de como essas modalidades impactaram a jornadas das mulheres durante a pandemia da COVID-19.

3.3 Os impactos da crise provocada pela pandemia na dupla jornada das mulheres

Muitas mulheres trabalhadoras precisaram se adaptar à nova realidade da pandemia, executando várias tarefas durante o dia, precisando conciliar os afazeres de casa com o trabalho, sofrendo um grande impasse entre manter a concentração nas atividades de teletrabalho ou home office e as interrupções do ambiente familiar.

Segundo Érica Aragão, diretora do Sindicato dos Jornalistas de São Paulo (SJSP) para o artigo “*Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher*” (2021), as mulheres trabalhadoras sofreram um grande impacto negativo na crise provocada pela pandemia, “muitas foram demitidas, tiveram seus salários reduzidos ou precisaram pedir demissão para cuidar dos filhos ou de parentes com comorbidades, desde o início da pandemia”.

A atual presidente do TST e ministra Maria Cristina Peduzzi em entrevista para o artigo “*Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher*” (2021), aponta que as mulheres precisam entender que nem sempre poderão ter tudo com a mesma qualidade e o a conciliação da vida pessoal e o trabalho deve ser feita dentro do que é possível, “a mera ideia de supermulher está fora de qualquer realidade possível e palpável”.

Os pontos positivos dos trabalhos em home office ou teletrabalho para as mulheres é que permite uma melhor acomodação entre os horários trabalhados e o tempo dedicado para as atividades domésticas e familiares, resultando em uma maior produtividade e equilíbrio entre essas esferas. Além disso, ocorre a redução dos gastos com os transportes e tempo disponibilizados nos meios de transportes no trajeto casa-trabalho e trabalho-casa.

No entanto, temos como pontos negativos, a tendência a superindividualização do trabalho, gerando o isolamento social, profissional e político. Além disso, podemos apontar o aumento considerável das horas trabalhadas. Lemos, Barbosa e Monzato (2021) *apud* Spurk & Straub (2020), apontam que:

O home office implementado em decorrência da pandemia da Covid-19 é um arranjo eventual, pois foi a modalidade de trabalho adotada por muitas empresas para contornar a crise (Agência Brasil, 2020b). As pessoas que estão trabalhando em casa muitas vezes tiveram horários de trabalho modificados e possuem grandes chances de interrupções e distrações com a presença da família que também se encontra em casa devido à pandemia (SPURK & STRAUB, 2020).

No que tange as mulheres, além dos problemas apresentados, um novo cenário negativo vem preocupado a sociedade e as autoridades, que é o aumento considerável da violência contra as mulheres na pandemia.

4 A violência contra a mulher e a pandemia

Devido ao cenário vivido atualmente, e o rápido avanço da pandemia do COVID-19, o aumento de pessoas que passaram a trabalhar na modalidade de Home Office é significativo, e ao adotarem tal modalidade, tiveram por consequência, o convívio familiar mais frequente e o agravamento das agressões sofridas pelas mulheres.

Respeitando as medidas de restrição e isolamento, a fim de diminuir a propagação do vírus, muitas mulheres, apesar de chefiarem suas famílias, enfrentam o medo de contaminação e o confinamento em casa, um local que deveria ser seguro nesta época de pandemia, mas que infelizmente não é esta a realidade.

4.1 A análise do aumento da violência contra a mulher em tempos de pandemia

Grande parte das mulheres sempre esteve em múltiplas jornadas de trabalho, além do trabalho doméstico desempenhado e criação dos filhos, gerando uma situação de muita pressão psicológica e estresse, fatores que podem desencadear os eventos de agressões físicas e psicológicas de seu parceiro íntimo. Durante o período de pandemia, as mulheres encontram-se muitas vezes em situação de vulnerabilidade, uma vez que estão distantes das duas redes de proteção social, assim reduzindo a possibilidade de buscarem ajudas, além de estarem em convivência constante com seu parceiro e agressor.

A violência contra a mulher é uma questão recorrente, e este contexto se intensificou com a pandemia. A violência doméstica, em sua grande maioria, tem como o principal agressor o próprio marido/parceiro íntimo da mulher. Vivendo em um ambiente vulnerável e inseguro, o compartilhamento de um mesmo espaço durante as 24 horas do dia com o companheiro, tem sido motivo de medo para muitas mulheres.

Apesar de ser uma forma mais prudente e segura para reduzir os casos de Covid-19, o isolamento tem ocasionado diversas consequências na vida de mulheres, tanto para as mulheres que já sofriam, quanto as mulheres que passaram a sofrer com a violência doméstica, resultante do convívio constante junto ao agressor.

Segundo os dados do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMDH) para o “*Estadão Conteúdo*” (2020), em abril do ano de 2020, quando o isolamento social imposto pela pandemia já durava mais de um mês, o canal 180, recebeu cerca de 40% a mais de denúncias de violência contra a mulher em relação ao mês de abril em 2020. No entanto,

ainda não é possível mensurar o real número de casos, pois muitas mulheres tem medo de fazer a denúncia ou são impedidas pelo agressor.

A violência sofrida pelas mulheres resulta em dores e sofrimentos e abrange diversas formas, podendo ser física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. No entanto, essa violência pode ser evitada, embora muitas mulheres desconheçam os meios para sair da situação. Aline Brillhante (2020), professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Corina Mendes e Suely Deslandes, pesquisadoras do IFF/Fiocruz, durante um encontro de especialistas que ocorreu em 25/06/2020, apontaram que “o Brasil está entre o quarto e quinto lugares dentre os cinco países com maior número de feminicídios do mundo, o que demonstra uma histórica perpetuação de violência de gênero e de violências fatais contra as mulheres”.

A violência contra a mulher deve ser sempre debatida e combatida, desconstruindo os discursos que resultam dessa prática, orientando os profissionais de saúde envolvidos, para que possam desempenhar seu papel. Aceitar o silêncio é ser conivente com o agressor.

4.2 As Leis 11.340/06 e 14.022/2020 no combate à violência contra as mulheres durante a pandemia

A violência contra a mulher se trata do ato lesivo que resulte em dano físico, psicológico, sexual, patrimonial, motivado pelo gênero, ou seja, é praticado contra mulheres pelo fato de serem mulheres. A desigualdade de gênero é o embasamento onde todas as formas de violência e privação em desfavor das mulheres ganham forças e perpetuam-se.

As causas para a violência contra a mulher, podem ser estruturais, históricas, político-institucionais e culturais. Durante muitos anos, o papel da mulher perante a sociedade foi limitado ao ambiente doméstico, dessa forma, a mulher era enxergada como uma propriedade particular do seu

cônjuge, sem direito à vontade própria e sem direito à cidadania. Assim, surgiram movimentos feministas na luta pelos direitos civis das mulheres, resultando nas conquistas recentes em muitos países, embora ainda não completamente efetivadas em nenhum lugar do mundo.

A violência doméstica que vem crescendo consideravelmente em tempos de pandemia, tem bases socioculturais profundas, inclusive as mulheres que decidem denunciar buscando por justiça sentem muito mais a reação da estrutura de desigualdade de gênero no desencorajamento, lançadas sobre a vítima ao invés do agressor. Segundo a Amanda Pimentel (2020) para o site *Gênero e Número*:

A violência doméstica na pandemia é um movimento global que aconteceu em quase todos os países que decretaram a quarentena, em razão das medidas restritivas, que, embora sejam necessárias para o combate à doença, trouxeram uma série de problemas para as mulheres. As medidas acabaram por impor uma limitação à locomoção e um convívio muito mais duradouro e hostil da vítima com seu agressor, que na maioria das vezes é o companheiro, namorado e marido”. (SILVA *apud* PIMENTEL, 2020)

Em 2006, foi criada a Lei nº 11.340/2006 ou mais conhecida como a Lei Maria da Penha, visando criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226, §8º da Constituição Federal de 1988, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.

Os artigos 5º e 7º da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) conceituam a violência doméstica e familiar. Vale destacar que, o termo “entre outras” empregado no caput do artigo 7º, deixa explícito que além das violências citadas no artigo, pode haver outros tipos:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (BRASIL, 2006) [...]

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

No que tange à violência psicológica sofrida pela vítima, é de suma importância o acompanhamento psicológico, uma vez que o não tratamento adequado pode acarretar prejuízos e dificuldades para uma vida saudável da vítima.

É de suma relevância citar o feminicídio (assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher), geralmente motivado por ódio, desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres. Sobre esse ilícito, foi criada a Lei 13.104, de 9 de março de 2015, qualificando o crime de homicídio quando ele é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, sendo incluído no rol dos crimes hediondos. Essa é a manifestação mais grave de violência contra a mulher. Durante a pandemia da COVID-19, segundo a nota técnica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), houve um crescimento no número de feminicídios durante a pandemia da COVID-19. O crescimento no número de feminicídios registrados nos 12 estados analisados foi de 22,2%, saltando de 117 vítimas em março/abril de 2019 para 143 vítimas em março/abril de 2020. No Acre o crescimento chegou a 300%, passando de 1 para 4 vítimas este ano; no Maranhão o crescimento foi de 166,7%, de 6 para 16 vítimas; no Mato Grosso o crescimento foi de 150%, passando de 6 para 15 vítimas. Apenas três UFs registraram redução no número de feminicídios no período, Minas Gerais (-22,7%), Espírito Santo (-50%), e Rio de Janeiro (-55,6%). O art. 22 da Lei Maria da Penha apresenta as medidas protetivas para evitar a reincidência dos crimes cometidos:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no **10.826**, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha atualmente é reconhecida como um dos maiores e respeitados dispositivos de proteção a mulher mundial, sendo referência na criação de outras legislações pelo mundo. Entretanto, embora a Lei tenha trago muitos avanços, o isolamento social decorrente da pandemia do Covid-19, fez aumentar os registros de agressões contra as mulheres. Esse novo cenário, só reforça a importância do debate sobre a violência contra as mulheres e a sensibilização da população da violência doméstica como um problema da sociedade, que deve se unir para defesa dos direitos das vítimas.

Como um reforço no combate à violência contra a mulher, foi sancionada a Lei 14.022/2020, por meio da PL 1.291/2020 da relatora Rose de Freitas (Podemos-ES). A referida lei torna essenciais os serviços de combate à violência doméstica durante a pandemia de covid-19 e

protegendo mulheres e se estendendo aos idosos, crianças e pessoas com deficiência. Iara Faria Borges (2020), apontou em seu artigo *“Lei que combate violência doméstica durante a pandemia já está em vigor”* para a Rádio Senado que, segundo a relatora, a criação da lei “é de grande importância. Porque nós estamos no tempo e na hora tomando as atitudes necessárias. É a construção a favor de uma mulher, presa dentro de um cenário, sofrendo as consequências da violência da cultura machista que ainda perdura. Isso não é pouca coisa”.

Um ponto relevante da criação dessa nova Lei, é que ela obriga a agilidade ao atendimento, principalmente naquelas demandas de maior risco à integridade da mulher, do idoso, da criança e do adolescente, criando canais gratuitos de comunicação interativos para atendimento virtual, acessíveis por celulares e computadores, ou seja, as medidas protetivas de urgência poderão ser solicitadas por meio de atendimento online, levando as medidas protetivas que já estão em vigor a serem automaticamente prorrogadas durante todo o período de pandemia em território nacional.

No entanto, o atendimento presencial será obrigatório em alguns casos, como por exemplo: feminicídio, lesão corporal grave ou gravíssima, lesão corporal seguida de morte, ameaça praticada com uso de arma de fogo, estupro, crimes sexuais contra menores de 14 anos ou vulneráveis e também em situações de descumprimento de medidas protetivas e/ou crimes contra adolescentes e idosos.

A lei exige que os institutos médico-legais realizem exames de corpo de delito durante todo o período da pandemia em casos de violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência, podendo o governo criar equipes móveis visando atendimento das vítimas de crimes sexuais.

Além disso, um meio de suma importância no combate à violência contra as mulheres, são as denúncias contra o agressor na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (DEAM). Porém, qualquer delegacia de polícia pode registrar a ocorrência e encaminhar as medidas protetivas de urgência no prazo máximo de 48 horas para os órgãos competentes, salvo impedimento técnico. Essa denúncia poderá ser realizada por qualquer pessoa, não necessariamente precisa ser a vítima, ligando de forma anônima para o número 180.

Considerações finais

A partir desse estudo, pode-se observar a importância do debate sobre a violência contra a mulher e a necessidade de reforçar iniciativas já instituídas e criar medidas inéditas e criativas que atendam e acolham essas vítimas.

A prioridade do cenário atual é salvar vidas, seja no combate ao COVID-19 ou no combate à violência doméstica. O objetivo da nossa sociedade é o fim da violência contra as mulheres, crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiências e todo o grupo mais vulnerável.

A aprovação da Lei 14.022/2020, veio como um grande avanço no combate à violência contra mulher em tempos de pandemia, inclusive se estendendo aos idosos, crianças e pessoas com deficiência, permitindo as autoridades competentes novos instrumentos para o acolhimento das vítimas e punição dos agressores. Em conjunto com as leis já criadas como a Lei Maria da Penha, por exemplo, é importante reforçar o combate desse ilícito contra as mulheres de forma mais efetiva.

No entanto, ainda há um grande caminho a ser percorrido na efetivação das leis desenvolvidas na prática. Entende-se que, a pandemia do COVID-19, gerou um verdadeiro colapso na saúde pública e certamente

há como consequência um grande número de mulheres em estado de vulnerabilidade econômica.

Essa vulnerabilidade, conforme já citado, gera uma grande dependência das vítimas da violência doméstica a seus agressores resultando na dificuldade no rompimento desse ciclo de violência.

Portanto, é válido o investimento da política pública no empoderamento feminino voltado para o empreendedorismo e economia, trazendo as vítimas uma nova perspectiva para seguir os seus caminhos, rompendo esses laços de dependência e recuperando o amor próprio.

Referências

_____. **Pandemia, home office e a proteção do trabalho da mulher.** Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/guest/-/pandemia-home-office-e-a-prote%C3%A7%C3%A3o-do-trabalho-da-mulher#:~:text=%E2%80%9CMuitas%20foram%20emitidas%20tiveram%20seus,a%20romantiza%C3%A7%C3%A3o%20do%20home%20office>. Acesso em: 05 mai. 2021.

_____. **Principais Questões sobre Violência contra a Mulher na pandemia e após.** Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-violencia-contr-a-mulher-na-pandemia-e-pos-pandemia/>. Acesso em: 07 mai. 2021.

BARROS, Leonardo. **Teletrabalho e Home Office: Quais São as Principais Diferenças?** Disponível em: <https://blog.tangerino.com.br/teletrabalho-e-home-office/#:~:text=A%20principal%20diferen%C3%A7a%20entre%20o,correr%20para%20o%C3%A3o%20parar%20completamente>. Acesso em 06 mai.2021.

BORGES, Iara Faria. **Lei que combate violência doméstica durante a pandemia já está em vigor.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2020/07/09/lei-que-combate-violencia-domestica-durante-a-pandemia-ja-esta-em-vigor#:~:text=J%C3%A1%20est%C3%A1%20em%20vigor%20a,%C3%B3rg%C3%A3os%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20a%20v%C3%ADtimas>. Acesso em: 08 mai.2021.

BRASIL. **LEI Nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006, LEI MARIA DA PENHA.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-norma-Atualizada-pl.pdf>. Acesso em: 06 mai.2021.

COSTA, Marli Marlene Moraes da. AQUINO, Quelen Brondani de. **A violência contra a mulher: breve abordagem sobre a Lei Maria da Penha.** Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/738-Texto%20do%20artigo-2135-1-10-20131001.pdf>. Acesso em: 05 mai.2021.

ESTADÃO CONTEÚDO. **Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%.** Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contr-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40/>. Acesso em 08 mai.2021.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 - ed. 2.** Disponível em: <file:///C:/Users/ADMIN/Downloads/violencia-domestica-covid-19-edo2-v5.pdf> . Acesso em: 07 mai.2021.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **O QUE É VIOLÊNCIA DOMÉSTICA?** Disponível em: <https://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/o-que-e-violencia-domestica.html>. Acesso em 05 mai.2021.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Quanto custa o machismo? Parceria com o Instituto Maria da Penha e a Secretaria de Políticas para as Mulheres. 2012.** Disponível em: <http://www.siemaco.com.br/upload/publicacao/img2-Cartilha-Quanto-custa-o-machismo-2871.pdf> . Acesso em: 06 mai.2021.

LOBO, Hewdy. **Quais as consequências psicológicas da violência doméstica contra a Mulher?** Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/348787434/quais-as-consequencias-psicologicas-da-violencia-domestica-contr-a-mulher>. Acesso em 06 mai.2021.

LEMOS, Ana Luíza da Costa; BARBOSA, Alane de Oliveira; MONZATO, Priscila Pinheiro. **MULHERES EM HOME OFFICE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19 E AS**

CONFIGURAÇÕES DO CONFLITO TRABALHO-FAMÍLIA. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902020000600388&script=sci_arttext#:~:text=Ademais%2C%20sua%20ado%2C%20A7%2C%20A3%20reduz%20oos,com%20o%20transporte%20casa%20trabalho.&text=O%20home%20office%20implementado%20em,\(Ag%2C%20Ancia%20Brasil%2C%202020b\)](https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0034-75902020000600388&script=sci_arttext#:~:text=Ademais%2C%20sua%20ado%2C%20A7%2C%20A3%20reduz%20oos,com%20o%20transporte%20casa%20trabalho.&text=O%20home%20office%20implementado%20em,(Ag%2C%20Ancia%20Brasil%2C%202020b).). Acesso em: 05 mai.2021.

MACHADO, Carla. GONÇALVES, Rui Abrunhosa. **Violência e Vítimas de Crimes.** Coimbra: Quarteto. (2003)

ORTEGA, María Camila Rincón. **Dia da Mulher: O que a pandemia da Covid-19 piorou para meninas e mulheres.** Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/internacional/2021/03/08/dia-da-mulher-o-que-a-pandemia-da-covid-19-piorou-para-meninas-e-mulheres>. Acesso em: 07 mai.2021.

REZENDE, Milka de Oliveira. **VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER.** Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/violencia-contr-a-mulher.htm>. Acesso em: 07 mai.2021.

RIBEIRO, Leandro Conceição. **Lei Maria da Penha.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74562/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 05 mai.2021.

SILVA, Vitória Regina. **Lei Maria da Penha completa 14 anos em meio ao crescimento da violência doméstica na pandemia.** Disponível em: <http://www.geronumero.media/lei-maria-da-penha-completa-14-anos-em-meio-ao-crescimento-da-violencia-domestica-na-pandemia/>. Acesso em: 07 mai.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Formas de violência contra a mulher.** Disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/institucional/organograma/129-campanha-cnj-lei-maria-da-penha/1851-formas-de-violencia-contr-a-mulher>. Acesso em 02 mai. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Quais são os tipos de violência doméstica?**

Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/perguntas-frequentes/quais-sao-os-tipos-de-violencia-domestica.htm#>. Acesso em 05 mai.2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Formas de**

violência doméstica contra a mulher. Disponível: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/formas-de-violencia-domestica-contra-a-mulher>. Acesso em: 05 mai. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil.** Disponível em: <https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/700732347/feminicidio-uma-analise-da-violencia-de-genero-no-brasil>.

Acesso em 07 mai. 2021.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **Violência contra a mulher: violência de gênero e os mecanismos de proteção da mulher.** Disponível em:

<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/682247660/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 07 mai.2021.

Capítulo 34

PCC- impactos da ação da organização criminosa nos presídios e na sociedade

*Hiago Alves Moreira
Ketelly Kelly de Oliveira Reis
Lucas Campos de Andrade*

1 Introdução

O presente trabalho tem o intuito de analisar a atuação e a influência do crime organizado dentro e fora do sistema penitenciário, bem como se a sociedade se torna refém dessas facções, especialmente, do Primeiro Comando da Capital (PCC), maior facção criminosa. Tal objetivo será demonstrado a partir da identificação do surgimento e crescimento do crime organizado (facções) no Brasil. Mais especificamente, serão analisados os impactos da atuação do PCC dentro do presídio Nelson Hungria no município de Contagem, Minas Gerais.

Para desenvolver o trabalho, utilizou-se a pesquisa descritiva, que conforme Gil (2008) realiza-se a partir da revisão bibliográfica e documental, referências teóricas publicadas em lei, doutrina e documentos, informações recolhidas e conhecimentos prévios acerca de um assunto para o qual se procura resposta, através da bibliografia já tornada pública, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, material cartográfico.

Os métodos aplicados foram o dedutivo, que é o tipo de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada premissa; e o dialético, empregado em pesquisa qualitativa, considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto

social; o que permite uma discussão e análise entre os fatos apresentados de modo a interpretar possíveis conclusões (GIL, 2008).

Além disso, a pesquisa irá analisar a atuação do Primeiro Comando da Capital dentro e fora dos presídios e os impactos provenientes da violação de direitos. O trabalho está dividido em três tópicos. O primeiro tópico trata da história do surgimento da facção criminosa e como se espalhou pelo Brasil. O tópico dois traz as características das facções criminosas. E por fim, o tópico três aborda a discussão dos efeitos da atuação do PCC no presídio Nelson Hungria em Contagem, e seus impactos na sociedade local.

2 Breve histórico: origens do PCC

A desigualdade social no Brasil é um problema que afeta grande parte da população. Para Oliveira (2016) esta desigualdade é fruto do sistema colonial de exploração implantada no país pelos colonizadores e por séculos de escravidão, que deixou uma grande massa da população à mercê da miséria e da própria sorte. Essa desigualdade social, ainda hoje, se faz presente de Norte a Sul, seja na população ribeirinha de Manaus ou nos morros do Rio de Janeiro, assim como nas periferias de Porto Alegre. Grande parte dos brasileiros vivem à margem da sociedade, em verdadeiras “incubadoras marginais”.

Em locais onde as condições de vida são desfavoráveis a uma existência digna jovens assistem a uma mídia que vende o consumo de uma vida ideal, contrária à presenciada por eles, fazendo com que jovens pobres vivam em uma dicotomia social diária, que os coloca em posição inferior aos demais, e faz surgir vários sentimentos de inferioridade. Os que não aceitam conviver com a crescente pobreza e discriminação geradas pela sociedade, acabam sendo dominados às consequências que decorrem do crime organizado.

Segundo Oliveira (2016), por muitas vezes, o crime acaba sendo a única oportunidade na vida de pessoas que nunca tiveram chances de ter uma vida melhor, ou ainda, o crime acaba servindo como único caminho ao longo da vida. Assim, ao longo dos anos, houve um imenso aumento nos índices de criminalidade por todo país, e isso acabou se refletindo no sistema carcerário brasileiro.

Os grupos organizados começam a surgir dentro do sistema penitenciário, que inicialmente, reivindicavam condições dignas para o cumprimento das penas privativas de liberdade. No transcorrer do tempo o chamado “crime organizado” foi se formando e se expandindo de dentro para fora dos presídios. As facções criminosas passaram a ter grande ingerência no comando do tráfico de drogas, o que lhes proporcionou muito lucro e, conseqüentemente, poder.

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU, 1948), o sistema prisional tem função de proteger a sociedade contra o crime, além de assegurar que, quando egressa do sistema, a pessoa seja capaz de respeitar a lei, ou seja, o sistema carcerário deve ou deveria ter ações de educação e ressocialização junto aos presos para que este tenha condições de voltar a viver em sociedade.

O sistema prisional enfrenta um aumento grande no número de presos que tende a aumentar a cada dia, os altos índices de violência refletem na população carcerária, que é submetida a presídios superlotados sem condições de higiene e de salubridade. A condição se agrava pelo descomprometimento do estado, e com o desrespeito pelos direitos humanos. Nesta brecha deixada pelo Estado que entra a facção criminosa, oferecendo apoio e melhores condições de sobrevivência dentro dos presídios.

Acerca da inauguração do crime e das organizações criminosas no Brasil os autores que tratam acerca desta temática acabam divergindo em

alguns pontos. Para Silva (2009) é dito que a origem do crime organizado no Brasil aconteceu através do cangaço, no período entre os séculos XIX e XX com bandos bem organizados e estruturados na base da hierarquia, os cangaceiros dedicavam-se a roubar vilarejos e fazendas, sempre se valendo de influências com os detentores do poder, como grandes fazendeiros, políticos e policiais corruptos. O principal nome entre os cangaceiros era Virgulino Ferreira da Silva, conhecido por Lampião. Nesse mesmo sentido indaga Fernandes:

No Brasil aponta-se como manifestação mais remota do crime organizado a atuação do cangaço, grupo dirigido por Virgulino Ferreira da Silva, conhecido como Lampião. Depois formaram-se as organizações que se dedicam à exploração do jogo do bicho, ao tráfico de entorpecentes, de armas, de animais silvestres. Mais recentemente, cresceu e se estruturou o crime organizado nos presídios do Rio de Janeiro e de São Paulo (FERNANDES, 2008, p. 240).

Entretanto, os estudiosos apontam como o primeiro crime realizado de maneira organizada no Brasil o jogo do bicho. Atribuída ao Barão de Drummond, sua origem foi motivada para levantar fundos para salvar os animais do jardim zoológico do Estado do Rio de Janeiro. Ocorre que a ideia fora deturpada, e o jogo passou a ser monopolizado por certos grupos com o apoio de policiais e políticos corruptos (SILVA, 2003).

Foram nas penitenciárias brasileiras entre as décadas de 70 e 80, que o crime organizado ganhou forma. Nesse cenário, surgiram facções criminosas como a Falange Vermelha, nascida dentro do presídio da Ilha Grande, especializada em roubos a bancos. Logo depois, surge o Comando Vermelho em Bangu I, liderada por grandes narcotraficantes, que anos depois iria sofrer uma divisão, dando origem ao Terceiro Comando da capital. Em Taubaté no Estado de São Paulo, na década de 1990, surge o Primeiro Comando da Capital, com atuação em quase todos os Estados do

Brasil. Sobre o PCC, o especialista em segurança pública Percival de Souza aduz que:

O PCC nasceu durante um jogo de futebol no Piranhão, na tarde de 31 de agosto de 1993. Eram oito presos transferidos da capital por problemas disciplinares, para ficar em Taubaté – até então o mais temido dos presídios pela massa carcerária. Os sessenta minutos que possuíam fora da cela eram reservados para o banho de sol visto que estavam sendo punidos por péssimo comportamento. Estavam no time, Misa, Cara Gorda, Paixão, Esquisito, Dafe, Bicho Feio, Cesinha e Geleião. Enquanto os oito estavam em campo outros dois ligado a eles ficavam trancados. Seriam os futuros chefões: Marcola e Sombra. Na gênese do PCC foi redigido um estatuto, composto de 16 artigos. Um desses artigos determina: “o partido não admite mentiras, traição, inveja, cobiça, calúnia, egoísmo, interesse pessoal, mas sim: a verdade, a fidelidade, a hombridade, solidariedade e o interesse comum ao bem de todos, porque somos um por todos e todos por um. (SOUZA, 2006, p. 93)

Fatos ocorridos no período de transição do regime totalitário militar para o regime democrático proporcionou o cenário para o surgimento do PCC. Neste período destaca-se primeiro o fracasso na implementação de uma política humanizadora nas instituições de segurança, que não conseguiu um sistema carcerário que atendesse às “necessidades”, passando pelo aumento vertiginoso da criminalidade que contribuiu para o descrédito na implantação dessas políticas, culminando num enrijecimento das práticas da polícia e na gestão prisional. De acordo com Dias (2013), a implantação das políticas humanizadoras foram revestidas de violência e arbítrio policial dentro e fora dos presídios o que culminou a fundação do PCC em agosto de 1993 no anexo prisional de Taubaté, em São Paulo.

O Governo de Franco Montoro (1983-1987), primeiro governador eleito após a instauração do regime militar, foi marcado pela tentativa de expandir o

processo de democratização, elevando o discurso de respeito aos direitos humanos a uma posição central em suas formulações políticas, com ações de controle expresso das práticas das polícias e na gestão do sistema carcerário. (DIAS, 2013, p. 123) O tema da segurança pública foi central durante a campanha de 1986, ocasião em que políticos da direita se apropriaram das críticas e oposição enfrentadas pelo governo de Montoro e passaram a atacar os direitos humanos, associando-os ao aumento da violência urbana e desordem social (DIAS, 2013, P.124).

Neste contexto, onde buscar solução às autoridades era algo inútil, o PCC buscou elementos suficientes para gerar união entre os internos, conforme fica evidente no depoimento de um dos líderes do Comando, Marcola, à Comissão de Combate à Violência da Câmara dos Deputados no ano de 2001:

Em 1993, foi fundado o PCC em Taubaté, que é um presídio onde o tratamento é igual a esse local onde me encontro hoje [Penitenciária da Papuda, DF], nesse pavilhão de segurança máxima, ou seja, o cara é totalmente isolado do resto da população carcerária, não tem direito a ver tevê, não tem direito a rádio, não tem direito a estudar, não tem direito a trabalhar, não tem direito a nada do que reza o Código de Execuções Penais. Não tenho direito a nada, e já não tinha em 1991, 1992 e 1993, quando foi fundado o PCC. Então, o PCC foi fundado por isso e por causa da chacina do Carandiru, onde foram assassinados 111 presos. Estou dentro de uma prisão onde morrem 111 presos. Eu me sinto inseguro, doutor. O PCC foi fundado porque não tinha para onde correr. Se a gente reclama, se a gente manda officio, ninguém toma nenhuma atitude, ninguém olha para o preso, principalmente porque é pobre (ALVAREZ; SALLA; DIAS, 2013, p. 74).

Percebe-se por relatos colhidos de internos, que o Primeiro Comando da Capital é caracterizado como fonte legítima também de comunicação com a administração prisional:

Pode-se considerar, portanto, que foi no vácuo deixado pela ausência de uma instância representativa da população carcerária e da completa obstrução dos canais de comunicação entre os presos e a administração prisional que o PCC encontrou um espaço para se constituir e se legitimar como alternativa ao isolamento dessa população diante de suas demandas – muitas das quais, sem dúvida, legítimas – e a sua luta por direitos e reconhecimento. (ALVAREZ; SALLA; DIAS, 2013, p. 74)

As rebeliões também foram fatores importantes de difusão e expansão dos ideais do PCC, de acordo com Dias (2011) no período de 1994 a 2001 as rebeliões e motins ganharam nova relevância no sistema penitenciário, tornando-se novos canais de adesão ao grupo:

Salla agrupou as rebeliões em três períodos, que de certa forma refletem diferentes formas de organização e atuação dos presos: o primeiro, até o início dos anos de 1980, cuja característica principal foi o protesto contra a precariedade das condições de encarceramento; o segundo período, que compreenderia a década de 1980, cujos eventos de ruptura nas prisões estariam ligados à convivência, omissão ou mesmo incentivo de setores políticos e administrativos refratários à tentativa de humanização dos presídios, empreendida especialmente pelo governo Montoro, em São Paulo; por fim, o terceiro período, correspondente à década de 1990, marcado pela atuação dos grupos criminosos organizados no comando das rebeliões. As rebeliões em São Paulo que emergiram nos anos de 1990 teriam como elementos importantes tanto a precariedade das prisões como a ausência de controle da massa carcerária por parte do Estado, o que favoreceu a expansão do domínio dos grupos criminosos organizados no interior dos estabelecimentos prisionais (ALVAREZ; SALLA; DIAS, p. 71).

Além das rebeliões, houve considerável aumento nas ações de resgate de presos, aumento de assassinatos dentro das prisões, e fugas bem planejadas, o que evidenciou ainda mais a capacidade de planejamento da facção. Mesmo com tantos acontecimentos, o Estado não admitia

reconhecer a existência da organização de presos, que passou a ser noticiada em 1997. A organização criminosa só foi reconhecida oficialmente pelo governo em fevereiro de 2001, quando houve a megarrebelião em 29 unidades prisionais, ocasionando a morte de 16 presos e um grande número de feridos.

Após a megarrebelião de 2001, a facção criminosa tornou-se conhecida publicamente, conferindo prestígio e respeito aos líderes e membros do PCC, fortalecendo e impulsionando a sua disseminação no meio carcerário de forma mais rápida.

Ainda que negada pelas autoridades estaduais, a informação a respeito de acordo e negociação entre elas e o PCC circulava livremente nos corredores e sala das unidades prisionais, tendo como fonte não apenas presos, mas também diretores e funcionários. Na medida em que o PCC expôs publicamente sua existência em 2001, sua relação com o Estado também sofre profundas alterações, obrigando o seu reconhecimento e sua constituição como ator central para a manutenção da ordem social nas prisões, o que lhe confere um lugar privilegiado para o diálogo, acordo ou acomodação com o poder público, como quer que se denomine esta relação (DIAS, 2013, p.222).

Contudo, nota-se uma calma nos presídios de 2002 a 2004, que na visão do Estado seria o resultado do progresso entre os acordos feitos pelo PCC e poder estatal, a calma foi observada no número de rebeliões que diminuiu consideravelmente, e também na redução do número de homicídios no interior dos presídios. Porém, em 2006, 74 unidade prisionais se rebelaram ao mesmo tempo, além dos ataques fora do sistema prisional, o que culminou uma grave crise pela ruptura do pacto. Segundo Adorno e Salla:

No caso de maio de 2006, a guerra se instaurou entre delinquentes e policiais. Tratou-se de uma guerra que vinha sendo preparada, como se mostrou

anteriormente. Os confrontos estavam sendo alimentados por desavenças cotidianas, às vezes banais, em razão, por exemplo, do rompimento de acordos envolvendo interesses em torno de objetos variados. O estopim foi à ameaça de transferência de presos. O ambiente dentro das prisões já estava, havia muito, tenso em virtude das mudanças que vinham sendo operadas na gestão penitenciárias. (ADORNO; SALLA, 2007, p. 24).

Após o ocorrido foi decidido transferir centenas de detentos para um presídio com maior segurança, a maioria dos presos transferidos ficaram sob o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), onde a rigidez e estado de solidão era maior. A transferência dos presos fez avançar os ataques que já estavam planejados. Na rebelião de 2006, o PCC demonstrou seu poder realizando inúmeros ataques contra as forças de segurança do Estado.

Assevera Dias (2013) que, após todos esses eventos, o PCC se consolidou dentro das penitenciárias como organização criminosa e passou a atuar de maneira diferente, com menos demonstrações públicas de violência e a instalação de “tribunais” dentro e fora das prisões, descentralizando a tomada de decisões, ou seja, as penalidades são aplicadas em nome da organização e não por um líder hierárquico.

Para explicar essa situação atual, sustentamos a hipótese segundo a qual o PCC alcançou uma posição hegemônica no mundo do crime, dentro e fora da prisão, e sua atual liderança está consolidada nessa posição, o que torna desnecessários espetáculos simbólicos de demonstração de poder por meio do horror, além de estes mostrarem contraproducentes, uma vez que, podem desencadear reações mais repressivas por parte do Estado. Assim, o poder exercido pela organização superou a individualidade de seus líderes locais, tanto que as decisões de execução ou de espancamentos, por exemplo, são impostas pela e em nome da organização, ultrapassando todas as questões pessoais e as características de lideranças isoladas (DIAS, 2013, p. 224 e p. 226).

Após se estabelecer dentro dos presídios, o PCC se expande e organiza-se fora dos muros, o que gera por consequência o aumento na incidência de crimes, a exploração do tráfico de drogas e o comércio de armas. Os principais elementos que levaram ao surgimento e expansão do PCC foram a ausência e o aumento da violência e tortura em estabelecimentos prisionais. Nesta linha de pensamento, declara Teixeira:

É possível afirmar que foram a ausência e a insidiosa presença do Estado nos presídios (representadas fundamentalmente na corrupção e na truculência de suas gestões), bem como a exacerbação da violência e da tortura em estabelecimentos de excelência disciplinar como o Anexo de Taubaté, os principais elementos que não apenas estiveram na base do fenômeno que originou o PCC, mas que garantiram sua expansão e seu fortalecimento. É nesse sentido que é possível interpretar a expressão cunhada pela organização: somos fortes onde o inimigo é fraco. (TEIXEIRA 2009, p. 192).

O PCC é descrito por autores como uma formação social, cujas dimensões podem ser variáveis, segundo Chartier (2001, p. 13) nesta formação social “os indivíduos estão ligados uns aos outros por um modo específico de dependências recíprocas e cuja produção supõe um equilíbrio móvel de tensões.”

Mesmo no caos, na desordem e na desintegração social, o convívio dos seres humanos se apresenta de forma determinada. O equilíbrio da organização social da facção se caracteriza pela pulverização e fragmentação dos recursos e dos meios vinculados ao exercício do poder. Devido às características do PCC, a configuração social sempre foi marcada por conflitos, nos quais a violência física teve um papel fundamental nas lutas entre os criminosos presos pelo controle das oportunidades de poder existentes.

Ademais, Dias (2011) afirma que o poder político designa a prerrogativa do PCC de exercer um rigoroso controle social sobre a população carcerária. A possibilidade de exercer o poder político, está fortemente atrelada à monopolização dos instrumentos e dos meios de coerção física no interior das prisões.

Balandier (1982, p. 7) afirma que para garantir a manutenção do poder é fundamental a produção de imagens e a transposição das condições do exercício da dominação e das posições ocupadas pelos dominadores ao nível do simbólico, organizando esses símbolos num quadro cerimonial. Para Dias (2011), a fundação do PCC, os rituais de batismo e as formas de execução de inimigos e traidores foram por muito tempo carregados de elementos simbólicos, essenciais no processo de consolidação do poder da facção e de justificação da violência por ela exercida.

Embora o PCC tenha surgido em São Paulo, se expandiu em pouco tempo por todo o Brasil, ganhando espaço na mídia e impondo sua posição na sociedade. Teve como finalidade essa ampliação a consolidação da facção ressaltando sua estrutura financeira. O fortalecimento financeiro foi conseguido através de assaltos milionários, e se estabilizou com a venda de armas e drogas.

3 Características de facções criminosas

Pesquisadores, imprensa e televisão ao mencionar e ponderar sobre os tradicionais grupos criados por detentos nas penitenciárias brasileiras, dividem-se entre "organizações criminosas" ou "facções criminosas":

A própria tentativa de definição do que seja uma facção ou organização criminosas - contrapondo tal ideia à de agrupamento lícito - é imbuída de forte carga ideológica. Por certo, um agrupamento considerável e duradouro de pessoas não pratica apenas atos ilícitos ou lícitos. Mesmo entre as organizações

tidas como lícitas, como empresas, não é raro que se averigüe a prática de certos atos ilícitos, como fraudes ou crimes tributários, sem que, por isso, seja possível atribuir-lhes o rótulo de facção criminosa. Desse modo por certo, de acordo com os postulados do labelling approach a adoção dos termos "facção criminosa" ou "crime organizado" consiste em um etiquetamento criador de desviação em determinados grupos (SHIMIZU, 2011, p. 66).

Alguns doutrinadores defendem a absoluta impossibilidade de se chegar a uma definição de facção criminosa, visto que tais organizações teriam características peculiares que tornariam tal tarefa muito difícil de ser realizada. Neste entendimento, Mendroni (2015) afirma que:

Não se pode definir com absoluta exatidão o que seja organização criminosa através de conceitos estritos ou mesmo de exemplos de condutas criminosas. Isso porque não se pode engessar este conceito, restringindo-o a esta ou àquela infração penal, pois elas, as organizações criminosas, detêm incrível poder variante. Elas podem alternar as suas atividades criminosas, buscando aquela atividade que se torne mais lucrativa, para tentar escapar da persecução criminal ou para acompanhar a evolução mundial tecnológica e com tal rapidez, que, quando o legislador pretender alterar a Lei para amoldá-la à realidade – aos anseios da sociedade-, já estará alguns anos em atraso. E assim ocorrerá sucessivamente (MENDRONI, 2015, p.18).

Entretanto, alguns doutrinadores defendem que o crime organizado tem alguns atributos necessários para o bom andamento e o sucesso da empresa criminosa. Todas as facções são estruturadas sobre as bases da hierarquia, disciplina, honestidade e respeito aos seus líderes, amparados em códigos de condutas com poder ameaçador. De acordo com Luiz Flávio Gomes (1997) essas são as características do crime organizado:

O crime organizado possui uma textura diversa: tem caráter transnacional na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características assemelhadas em várias nações; detêm um imenso poder com

base numa estratégia global e numa estrutura organizativa que lhe permite aproveitar as fraquezas estruturais do sistema penal; provoca danosidade social de alto vulto; tem grande força de expansão, compreendendo uma gama de condutas infracionais sem vítimas ou com vítimas difusas; dispõe de meios instrumentais de moderna tecnologia; apresenta um intrincado esquema de conexões com outros grupos delinquenciais e uma rede subterrânea de ligações com os quadros oficiais da vida social, econômica e política da comunidade; origina atos de extrema violência; exhibe um poder de corrupção de difícil visibilidade; urde mil disfarces e simulações e, em resumo, é capaz de inerciar ou fragilizar os Poderes do próprio Estado. (GOMES, 1997, p. 25).

Jean Ziegler (2003) traz a seguinte definição:

Existe crime organizado [transcontinental] quando uma organização cujo funcionamento é semelhante ao de uma empresa internacional pratica uma divisão muito aprofundada de tarefas, dispõem de estruturas hermeticamente fechadas, concebidas de maneira metódica e duradoura, e procura obter lucros tão elevados quanto possível cometendo infrações e participando da economia legal. Para isso, a organização recorre à violência, à intimidação, e tenta exercer sua influência na política e na economia. Ela apresenta geralmente uma estrutura fortemente hierarquizada e dispõe de mecanismos eficazes para impor suas regras internas. Seus protagonistas, além disso, podem ser facilmente substituídos. (ZIEGLER, 2003, p.55)

Lavorenti (2000) descreve as principais peculiaridades destes grupos criminosos: “As organizações criminosas, como regra, possuem uma organização empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro”. Assemelham-se muito a uma empresa bem-sucedida, que tem uma divisão gerencial e possui um forte apoio das pessoas mais influentes do país (2000, p.19). Para Guaracy Mingardi (2015), crime organizado é:

O grupo de pessoas voltadas para atividades ilícitas e clandestinas que possui uma hierarquia própria e capaz de planejamento empresarial, que compreende a divisão do trabalho e o planejamento de lucros. Suas atividades se baseiam no uso da violência e da intimidação, tendo como fonte de lucros a venda de mercadorias ou serviços ilícitos, no que é protegido por setores do Estado. Tem como características distintas de qualquer outro grupo criminoso um sistema de clientela, a imposição da Lei do silêncio aos membros ou pessoas próximas e o controle pela força de determinada porção de território. (GUARACY, 2015, p.18)

As organizações criminosas crescentemente têm evoluído através do uso de equipamentos de última geração. Esses grupos mantêm contato com profissionais habilitados que os auxiliam na atividade ilícita, como médicos, engenheiros e advogados. Ademais, o crime organizado tem apoio dos próprios agentes estatais e membros do poder judiciário.

Essa instituição possui uma base bem estruturada e utilizam o uso abusivo da violência como forma de intimidação. As funções são divididas a partir da posição de seus membros, que uma vez recebida, devem executar a tarefa a qualquer custo, sob pena de custar-lhe a vida.

A transnacionalização tem sido a característica principal do crime organizado, tendo em vista a grande demanda do tráfico em geral, ultrapassando as fronteiras nacionais. Assim, com tantas divergências doutrinárias e mesmo com a existência de um conceito legal, na prática, não é fácil diferenciar a associação criminosa de alguns tipos penais.

4 Efeitos da atuação do PCC no Presídio Nelson Hungria em Contagem

As carências do sistema carcerário brasileiro refletem de diversas maneiras na sociedade civil. Um dos temas mais veiculados e discutidos na mídia é a violência que assola o país com frequência cada vez mais aterradora. Dotti (2003) afirma que “com a ausência de uma política criminal não têm mérito intelectual e muito menos currículo específico

para administrar com sensibilidade e competência as questões do sistema penal”. Com isso a sociedade civil sofre os impactos resultantes da falta de políticas adequadas para gerir o sistema carcerário. Os presos sofrem diversos obstáculos para adquirirem liberdade, diante da violência e criminalidade da sociedade. No mesmo sentido destaca Rogério Greco:

Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade. (GRECO, 2011, p. 443).

A maior adversidade dos detentos é se introduzir no mercado de trabalho, pois além da marca de ex-presidiário, a maioria dos presos não possuem formação nem experiência profissional, sendo grande a dificuldade para serem admitidos em algum emprego. Essas circunstâncias dificultam a necessária e humanitária reinserção do detento ao convívio social colaborando de forma direta o aumento da reincidência no país que já possui grande índice de criminalidade.

Dentro das facções como no PCC, os impactos na sociedade são ainda maiores. Segundo noticiado por Luiz Adorno, em matéria para o portal de notícias UOL, um ex-integrante da cúpula da facção foi morto por detentos em um presídio de São Paulo. O relato é de que a mulher do detento morto brigou com outros familiares de presos no ônibus que leva as famílias de detentos de São Paulo até o presídio de Presidente Venceslau para realizar visitas.

Notícias publicadas em mídias digitais e impressas trazem informações sobre transferências de presos da Penitenciária Nelson Hungria para evitar ataques às polícias civil e militar do Estado. A notícia publicada no jornal O DIA, em junho de 2013 relata a transferência de presos da penitenciária.

Diante do que é noticiado, a sociedade civil fica vulnerável, e os impactos podem ser notados na economia do entorno do presídio no município de Contagem, bem como em todos os setores sociais. Em janeiro de 2017, o jornal O TEMPO noticiou a expansão do PCC em Minas Gerais. Foi publicada uma série de reportagens para demonstrar o poder das facções dentro dos presídios de Minas, a série de reportagem foi intitulada “Presos no Sistema”, e teve como objetivo mostrar a realidade do encarceramento no Estado.

Relatos de pessoas diretamente ligadas às facções também são noticiadas, a exemplo a matéria publicada no jornal O TEMPO, em janeiro de 2017. que retrata que a maior facção criminosa está instalada na penitenciária. Segundo descrito na matéria, na maior unidade prisional de Minas Gerais, a Penitenciária Nelson Hungria, há um pavilhão reservado para os presos do PCC. Nas celas, os presos ficam sozinhos, ou no máximo dois por cela, enquanto no restante da unidade há até 36 detentos por cela.

O TEMPO, retrata que ser integrante da facção é garantia de segurança dentro e fora da penitenciária, assim, criminosos comuns buscam a organização para obter segurança para si e para a família. A percepção da presença da facção na unidade prisional começa logo na fila de visita, aos finais de semana. No local, as mulheres de membros do grupo são alvo de brincadeiras de familiares de detentos que não são ligados à facção.

Segundo relato, as mulheres dos integrantes da facção chegam bem arrumadas, diferente das esposas e familiares dos presos comuns. Em relato ao jornal, a esposa de um preso membro do PCC conta que ele cometia assaltos, e que parte do dinheiro usava para pagar a “rifa” ao PCC. Isso garante que, caso seja preso, tenha regalias dentro do presídio, como pavilhão exclusivo, advogado pago pela facção, além de “auxílio reclusão” pago pela facção para os familiares dos presos, o valor do auxílio varia de

R\$330,00 (trezentos e trinta reais) a R\$1300,00 (mil e trezentos reais), dependendo da posição que o detento tenha na facção. Dentre todas essas regalias, o PCC garante ainda que o detento tenha acesso a um celular pagando um plano que varia de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) a R\$ 30.000,00 (tinta mil reais). Porém o acesso ao celular foi comprometido devido a ação da polícia federal que apreendeu mais de 600 aparelhos.

As ações das facções repercutem e impactam diretamente na sociedade carcerária, uma vez que tem uma “seleção” de pessoas que podem usufruir de regalias, e também fora dos presídios as ações da facção traz impactos nas famílias.

A Penitenciária Nelson Hungria, na região metropolitana de BH foi inaugurada em 1988 e é a maior do sistema prisional sob a responsabilidade da Secretaria do Estado de Administração Prisional (SEAP-MG). Considerada de segurança máxima, ela abriga os presos de maior periculosidade do Estado. São 12 pavilhões e quatro anexos, que servem para triagem dos novos detentos que chegam ao local. São 1.640 vagas para os detentos, entretanto a quantidade de presos chega a 2.017, ou seja, um déficit de 277 vagas. Dentre os 1.640 detentos, 1.325 estão em regime fechado e 692 são presos provisórios.

Em reportagem publicada no jornal O TEMPO foi abordado o domínio da facção sobre as penitenciárias de cidades do interior do estado. Segundo a reportagem, a porta de entrada para o PCC em Minas Gerais foi a penitenciária da cidade de Uberaba. Em 2014, após investigação do MP, foram identificados 41 integrantes da facção que já atuava desde 2103.

A reportagem relata que na Penitenciária Professor Aluísio Ignácio de Oliveira, onde as regalias são grandes, ficam presos por cela 3 detentos, enquanto nos demais pavilhões da penitenciária são mais de 10 presos por cela. As visitas não têm regras, e segundo um agente penitenciário não identificado, as regalias surgem de um acordo com a direção da unidade.

A época da reportagem, a Secretaria de Administração Prisional (SEAP) se manifestou por meio de nota à imprensa afirmando que o monitoramento da expansão da facção é constante, porém as denúncias de regalias a membros de facção são constantes no MP. A facção vem crescendo a cada dia dentro dos presídios de Minas Gerais e também do Brasil. Esta expansão pode ser explicada pelo aumento da criminalidade e consequentemente o aumento da população carcerária.

Em 2011 o Jornal o Tempo já noticiava ameaças feitas por detentos membros da facção a agentes penitenciários da Nelson Hungria. Diante de tais ameaças, a Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDS) decidiu fazer uma varredura na penitenciária e foram apreendidos na época celulares, chips e armas artesanais que possivelmente seriam usadas em rebeliões. Segundo divulgações feitas pelo jornal, às ordens de ameaças partem de fora do presídio, das esposas e familiares de membros do PCC, as ameaças são feitas como forma de intimidação para que os membros do PCC continuem tendo regalias.

Em março de 2018, os agentes penitenciários encontraram buracos em pavilhões onde estão os presos da facção, o que sugere tentativa de fuga. Em abril foi noticiado pelo jornal O TEMPO e outros meios de comunicação a fuga de quatro integrantes do PCC. Os detentos fugiram usando corda feita de lençol.

5 Considerações finais

Deduz-se pelo histórico do PCC, que a facção surgiu como uma resposta ao tratamento degradante que o sistema penitenciário dá aos detentos. Os idealizadores da organização criminosa tinham como objetivo combater o que chamam de “opressão dentro do sistema prisional”.

A expansão do PCC ocorreu de forma gradativa, em resposta às mudanças no sistema carcerário que só desfavorece os detentos. Porém, a

magnitude das ações da facção ainda é desacreditada pelo poder público, embora muitas investigações apontem uma possível ligação com os índices de criminalidade dentro e fora dos presídios.

O presente artigo buscou apresentar a contextualização dessas organizações na realidade carcerária brasileira. Foi descrito acerca do surgimento do crime e das organizações criminosas no Brasil.

Conclui-se que o crime organizado possui influência nos índices de violência dentro e fora dos presídios, uma vez que estabelece normas dentro dos presídios e regula o comportamento mesmo de quem não se encontra encarcerado, controlando o tráfico de drogas, interferindo em brigas e até determinando a ocorrência de homicídios.

Embora existam poucos estudos sobre a atuação do PCC na Nelson Hungria, foram expostos fatos para percepção deste fenômeno. Portanto, é notório que a ação da facção na penitenciária influencia nos níveis de criminalidade dentro e fora do presídio.

Na Nelson Hungria, como em presídios do estado, a ação da facção impacta visivelmente a sociedade carcerária, pois os detentos pertencentes à facção têm regalias que os demais presos não têm. O impacto da facção também é visível nos familiares de detentos, pois os familiares de presos da facção são amparados financeiramente dependendo do nível hierárquico do detento.

Referências

ADORNO, Sérgio; SALLA, Fernando. **Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC**. Estudos Avançados. São Paulo, v.21 n.61, p.7-29, set.-out. 2007.

ADORNO, Luís. **Ex-integrante da cúpula do PCC é assassinado por presidiário no interior de SP**. Uol, São Paulo, 5 de dez. de 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/05/lider-do-pcc-e-assassinado-por-presidiarios-no-interior-de-sp.htm>>. Acesso em 26 de jun. de 2018.

As influências do crime organizado: um olhar a partir do Primeiro Comando da Capital (PCC). Disponível em: < <http://repositorio.ufsm.br/handle/1/2828>.>
Acesso em: 3 mar. 2018.

ASSIS, Rafael. **A realidade atual do Sistema Penitenciário Brasileiro.** Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidadeatual.shtml>>. Acesso em: 13 abril 2017

ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; DIAS, Camila Nunes. **Das Comissões de Solidariedade ao Primeiro Comando da Capital em São Paulo.** Tempo soc., São Paulo, v. 25, n. 1, p. 61-82, jun. 2013.

BERNADO, Miranda. **PCC é ‘garantia’ de segurança.** O Tempo, 18 de jan. de 2017. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/hotsites/presos-no-sistema/pcc-e-garantia-de-seguranca-1.1424556>>. Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal.** Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 20/03/2020.

BRASIL. Senado Federal. Lei n. 7.210/84. **Lei de Execução Penal.** Brasília: Senado Federal, 2008.

BOLZANI, Fábio. SANTOS, Cintia Helena dos. **“PCC”:** interfaces entre a atuação do poder paralelo e as violações de direitos no sistema prisional. Tese de pós-graduação em Gestão Pública. 2015.

CARVALHO, Salo de (org.). **Críticas à Execução Penal.** 2ª edição. Rio de Janeiro. 2007

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **PCC: hegemonia nas prisões e monopólio da violência.** Coleção Saberes Monográficos. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário.** Disponível em: <Arq:\RD\Artigos de direito\ Crise do sistema penitenciário 30/08/2003>. Acesso em: 20 abril 2018.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GIL, A.C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul. **Crime Organizado: enfoques criminológicos jurídicos (Lei 9.034/1995) e Político Criminal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

LAVORENTI, Wilson; DA SILVA, José Geraldo. **Crime Organizado na atualidade**. Campinas: Editora Bookseller, 2000.

MANSUR, Rafaela. **Estado investiga PCC e suspende visitas em presídio**. O Tempo. 31 de out. de 2017. Disponível em: <<https://www.otempo.com.br/cidades/estado-investiga-pcc-e-suspende-visitas-em-pres%C3%ADdio-1.1537433>> Acesso em: 20 maio 2020.

MARTINS, Celso. **Integrantes do PCC ameaçam agentes**. O Tempo, 20 de nov. de 2011. Disponível em: <<http://asp-2011.blogspot.com/2011/04/integrantes-do-pcc-ameacam-agentes-da.html>> Acesso em: 20 maio 2020.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 18.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Apud MINGARDI, Guaracy. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Atlas, 2015. Pág. 18.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NERY, Rosa Maria de Andrade. JUNIOR, Nelson Nery. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo, 2006

O panorama jurídico brasileiro atual. STF: Presunção de inocência e impacto no sistema carcerário. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/55889/o-panorama-juridico-brasileiro-atual/3>.> Acesso em: 20 abril 2018.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas.** Dissertação (Mestre em Direito). Universidade de São Paulo, 2011.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado.** São Paulo: Atlas, 2009.

TEIXEIRA, Alessandra. **Dispositivos de exceção e novas racionalidades do sistema punitivo: o surgimento do PCC e o modelo RDD.** São Paulo em Perspectiva. São Paulo. V.36, p.175-208, jul./dez.2009.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada.** São Paulo: Tend Ler, 2006.

ZIEGLER, Jean. **Os senhores do crime: as novas máfias contra a democracia.** Rio de Janeiro: Record, 2003.

Capítulo 35

Pacote “anticrime”: é possível ressignificar uma mudança na forma de conceber o crime e as respostas a ele?

*Cristian Kiefer da Silva
Rafaela Oliveira Pontes*

1 Introdução

Em tempos sombrios, várias reflexões acerca da insuficiência das respostas tradicionais ao fenômeno da conflituosidade social e da criminalidade social tornam-se um desafio premente em *terra brasilis*. Esta realidade é percebida pela insatisfação dos usuários do sistema – sejam vítimas ou autores envolvidos em processos criminais. Nesse sentido, destaca-se a hipótese que se propõe a confirmar: a proposta de lei “anticrime” pode ressignificar uma mudança na forma de conceber o crime e as respostas a ele? Ora, tal proposição normativa propõe uma quebra no paradigma retributivo dominante no Direito Penal e uma real mudança nos propósitos do controle estatal sobre a criminalidade como um todo.

É relevante destacar que ao ser lançado um olhar sistêmico sobre o fenômeno da criminalidade hoje no Brasil, vislumbra-se que uma grande parte dos delitos considerados potencialmente lesivos não é resolvida de maneira “eficaz” pelo que se pode chamar de “democracia” em um Estado de Direito. Um sistema jurídico “eficaz” e “racional” deve promover a pacificação entre os litigantes, gerando um impacto positivo desta realidade a impedir a escalada da violência, sobretudo, principalmente, nas relações em que os envolvidos mantêm uma extensa conflituosidade social.

De fato, a busca do Estado por alternativas capazes de mudar ou pelo menos minimizar este cenário assombroso, alternou-se entre o aparelhamento do sistema retributivista, com o endurecimento das penas como resposta punitiva estatal aos crimes e, de outro norte, uma busca pela valorização da dimensão consensual do conflito. No que concerne à responsabilização do infrator, a Justiça clássica é voltada para uma culpabilidade individual, pautada nas ações pretéritas do indivíduo, e analisando sob a ótica procedimental, a Justiça clássica possui um ritual formal e público, contencioso e cujas etapas do processo estão nas mãos de agente públicos.

Para um bom entendedor, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, a Declaração Americana de Direitos Humanos e a Constituição Federal de 1988, preconizam que, em processos judiciais, para que decisões emanadas de tribunais e juízes tenham legitimidade, é necessário que todas as etapas processuais, previstas em lei, sejam rigorosamente seguidas. Não há como “pular” nenhuma delas em nome de uma suposta “eficiência”. Aliás, eficiência com injustiça não é eficiência; e nem justiça.

2 O projeto de lei “anticrime”

Pelo que foi possível perceber, o projeto de lei “anticrime” apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública, foi recebido com fortes críticas de acadêmicos e profissionais do direito no Brasil e no resto do mundo. Para muitos estudiosos do assunto, o plano tem um potencial maior de gerar apoio popular para o governo, e votos, do que de resolver de fato o problema da violência e da criminalidade no Brasil. (BUARQUE, 2019).

Por outro lado, é interessante destacar que para Daniel Buarque (2019), estudos acadêmicos em diferentes partes do mundo já

demonstraram que este tipo de medida política dura contra o crime não costuma reduzir a criminalidade, e pode até aumentar a violência. Inclusive, projetos do tipo são cada vez mais populares e funcionam muito bem politicamente. Além disso, um projeto com tal magnitude alimenta o desejo emocional das pessoas por “vingança”, pelo sentimento de que há um senso de ordem, quando a vida é cheia de inseguranças. E mais, oferece o que parece uma resposta simples para um problema muito mais complexo.

A grande preocupação da sociedade em relação ao projeto “anticrime” é a ampliação do poder discricionário aos policiais, que passam a ter o poder de decidir quem é criminoso e executar a punição sem que haja um devido processo legal. Isso pode ser classificado como “populismo punitivo”, ou seja, o uso de retórica e políticas duras contra o crime são utilizadas para vencer eleições e ganhar apoio popular. De acordo com Michelle D. Bonner (2019), um combate real contra a violência e a criminalidade necessita de ações de longo prazo e requer medidas mais amplas do que a punição, como a criação de programas de apoio social, com investimentos em saúde, educação e infraestrutura, de maneira a coibir as estatísticas alarmantes da criminalidade.

Notadamente, é preciso esclarecer que o projeto “anticrime” proposto se apresenta como mais um plano de ação consistente como vários outros pacotes políticos duros contra o crime já apresentados em outros países. Com a aprovação do projeto de lei “anticrime” sem as devidas modificações pelo Congresso Nacional, o sistema criminal poderá entrar em colapso. Para se conter a onda de criminalidade algo precisa ser feito com prudência e racionalidade, e não a “toque de caixa”, pois há mais perguntas do que respostas em relação ao projeto de lei que possivelmente será aprovado. Nesse sentido, adverte Michelle D. Bonner (2019) que o problema dessas políticas de contenção da criminalidade não reduzem a

criminalidade. Nos melhores casos, essas políticas não fazem nenhuma diferença no nível de violência, e nos piores cenários, elas podem até mesmo aumentar o nível da criminalidade, o que passa a ser uma preocupação a mais.

Em termos gerais, existem muitos fatores envolvidos na violência e na criminalidade, e é preciso saber exatamente qual o foco das medidas de curto, de médio e de longo prazos para se adotar um plano de ação contra a prática de crimes. Por mais que pareça um absurdo, não se pode cair no equívoco de supor que será possível resolver os complexos problemas da segurança pública e do crime no Brasil apenas com uma canetada. Aliás, é fundamental que um projeto dessa abrangência seja debatido a luz da Constituição Federal de 1988. De acordo com Jonas Valente:

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública também entendeu que a proposta merece uma “análise mais aprofundada”. O combate à lavagem de dinheiro foi pontuado como necessário, mas insuficiente para “frear a escalada do crime organizado e, principalmente, da criminalidade violenta”. A entidade lamentou que propostas anteriores, como o Plano Nacional de Segurança Pública editado pelo governo federal no ano passado, não tenham sido consideradas. E apontou lacunas no conteúdo da matéria. O projeto ignora temas importantes para o setor, como a reorganização federativa, o funcionamento das polícias - e suas carreiras e estruturas -, governança, gestão ou sistemas de informação ou inteligência. Também não há clareza sobre ações dos governos estaduais e da União no enfrentamento da corrupção policial, que é um dos aspectos que contribuiu para o surgimento de milícias. (VALENTE, 2019).

As penas muitas vezes, não se mostram eficazes e não cumprem com seu objetivo ressocializador, possuindo um caráter desproporcional, em um regime prisional cruel. Os efeitos para a vítima não são levados em consideração, tendo em vista praticamente a inexistência de assistência

social, psicológica, econômica ou jurídica do Estado, o que acaba por acarretar na vítima um sentimento de descaso e de ressentimento com o sistema. No que concerne aos efeitos relativos ao infrator, no sistema clássico, o infrator é sempre considerado como o culpado de todos os males auferidos, e é informado sobre o processo criminal apenas através de seu advogado ou defensor.

3 As principais medidas propostas no projeto de lei “anticrime” para o combate à criminalidade

Nesse contexto, preliminarmente, se torna muito importante compreender o pacote de medidas que quer implantar o governo federal no sistema criminal, para num segundo momento, abstrair melhor tais medidas que implicarão na vida de todos os brasileiros. Segundo André Shalders (2019), da BBC News Brasil, o pacote “anticrime” do Ministro da Justiça e Segurança Pública está organizado em vários pontos, e cada um deles contempla um número de medidas. O que poderá ser mudado em várias leis com o pacote “anticrime” será explicitado abaixo:

1) Prisão após a segunda instância: A Constituição Federal de 1988 estabelece que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (BRASIL, 2017), ou seja, os cidadãos uma vez condenados terão que cumprir a pena indevidamente após esgotados os recursos em segunda instância (ainda que provavelmente inocentes). No entanto, desde 2016 o Supremo Tribunal Federal entende que é possível, sim, o início do cumprimento da pena após a condenação pela segunda instância da Justiça. Inclusive, o presidente do Supremo Tribunal Federal, o Ministro José Antônio Dias Toffoli marcou para o segundo semestre de 2019 o julgamento que evidentemente poderia rever tal decisão ou não. (SHALDERS, 2019).

Diante dos inúmeros embates, o julgamento sobre a matéria ocorreu no dia 07 de novembro de 2019, onde Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu por 6 votos a 5, que é ilegal o início do cumprimento da pena mesmo após a condenação em segunda instância. E veja que o projeto do Ministro da Justiça e Segurança Pública propõe uma série de alterações no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e no Código Penal para garantir o início do cumprimento de pena logo após a condenação em segunda instância, que passaria a ser a norma, não bastasse todos os argumentos contrários a esse entendimento. (SHALDERS, 2019).

2) Mais efetividade para o Tribunal do Júri: No Brasil, o Tribunal do Júri só é convocado para casos de crimes dolosos contra a vida (homicídio, infanticídio, aborto e induzimento, instigação e auxílio ao suicídio). A proposta do Ministro da Justiça e Segurança Pública altera o Código Penal para garantir que as decisões tomadas neste tipo de julgamento sejam cumpridas imediatamente e eventuais recursos que o réu possa apresentar não interrompam o processo. Isso seria um retrocesso em termos procedimentais, haja vista a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório e do duplo grau de jurisdição. (SHALDERS, 2019).

3) Mudanças na "excludente de ilicitude": A lei atualmente já isenta de culpa o policial que age "usando moderadamente os meios necessários" para defender-se de "agressão, atual ou iminente", a si ou a outra pessoa. Particularmente, o projeto do Ministro da Justiça e Segurança Pública faz uma pequena alteração na redação deste parágrafo do Código Penal, para aumentar o número de hipóteses que se enquadram dentro da categoria de legítima defesa. Ora, passará a ser isento de culpa o policial que "previne" a agressão a si ou a outros, ou que "previne agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém".

Lado outro, o juiz também poderá "reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la" ao policial se "o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção". Veja que este foi um dos pontos mais polêmicos do projeto, que atualmente sofre inúmeras críticas. Há quem diga que a alteração não representa "nenhuma licença para matar". E mais, "O policial não precisa esperar levar um tiro para ele poder tomar alguma espécie de reação, o que não significa que se está autorizando que se cometam homicídios indiscriminadamente". (SHALDERS, 2019). A polícia brasileira não só é a que mais mata civis no mundo, mas também é a que menos é investigada e punida por esses atos.

Em se tratando de excludente de ilicitude no Código Penal, de acordo com o artigo 23, são quatro as causas de justificação: estado de necessidade, legítima defesa, exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal. Sendo o fato (típico) praticado nessas circunstâncias, não haverá crime. Embora esse leque legal seja abrangente, a doutrina admite a existência de causas supralegais (isto é, não previstas em lei) de exclusão da ilicitude, fundadas no emprego da analogia *in bonam partem*, suprindo eventuais situações não compreendidas no texto legal. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 635).

4) Regime fechado para corrupção: Como é sabido, atualmente as pessoas condenadas podem cumprir pena pelo regime fechado, semiaberto ou aberto. A proposta do Ministro da Justiça e Segurança Pública altera este ponto e passa a prever que os condenados pelo crime de peculato (quando um servidor público se apropria de algo indevidamente) e de corrupção passiva e ativa comecem a cumprir pena em regime fechado, "salvo se de pequeno valor a coisa apropriada ou a vantagem indevida". Neste ponto do projeto, intitulado "Medidas para endurecer o cumprimento das penas", tem-se regras mais duras para a progressão de regime (do fechado para o semiaberto, por exemplo) dos

presos por crimes hediondos, etc. Além disso, "a progressão de regime ficará também subordinada ao mérito do condenado e à constatação de condições pessoais que façam presumir que ele não voltará a delinquir", conforme outro trecho do projeto de lei. (SHALDERS, 2019).

5) Organizações criminosas: Na realidade, integrantes de organizações criminosas não precisam ir necessariamente para presídios de segurança máxima, mas pela proposta do Ministro da Justiça e Segurança Pública, essas pessoas, quando presas com armas, terão necessariamente de começar a cumprir penas em unidades prisionais de segurança máxima. Ainda assim, condenados por este crime também não terão direito à progressão de regime, e os líderes das facções poderão passar até três anos em presídios federais (hoje, este limite é de um ano). (SHALDERS, 2019).

Pelo visto, a proposta vai totalmente contra ao exposto no artigo 33, § 2º, do Código Penal, em que as penas privativas de liberdade devem ser executadas de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado. Inclusive, com esta regra, o sentenciado deve passar gradativamente de um regime mais rigoroso para outro mais brando, desde que preenchidos os requisitos legais, a fim de estimular e possibilitar sua ressocialização. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 790).

6) Confisco de bens de criminosos: No que concerne ao confisco de bens de criminosos, a lei criminal determina que pessoas condenadas só possam ter seus bens confiscados se ficar provado que estes têm relação com o crime cometido. Pela proposta do Ministro da Justiça e Segurança Pública, crimes punidos com mais de seis anos de prisão já possibilitarão o confisco dos bens do criminoso, desde que estes sejam maiores do que os que seriam compatíveis com a renda lícita da pessoa. Obras de arte ou outros que tenham valor cultural poderão ser perdidos para museus públicos.

Os órgãos de segurança também poderão usar os bens apreendidos - veículos, equipamentos, etc. - em seu trabalho. (SHALDERS, 2019). Existe um problema claro nesse sentido, haja vista que não são todos os instrumentos do crime (*instrumenta sceleris*) que podem ser confiscados, mas apenas aqueles cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito. Aliás, é evidente que o confisco só pode recair sobre objeto que pertença ao autor ou partícipe do crime. Nesse sentido, o próprio art. 91, II, do Código Penal ressalva o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé. É de se mencionar que, se o objeto não pertence ao criminoso, mas é desconhecido o seu proprietário, torna-se necessário aguardar o prazo de 90 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, hipótese em que será vendido em leilão, caso não seja reclamado, depositando-se o valor à disposição do juízo de ausentes (art. 123 do CPP). Os instrumentos do crime cuja perda em favor da União tenha sido decretada serão inutilizados ou recolhidos a museu criminal, se houver interesse na conservação. (ESTEFAM; GONÇALVES, 2018, p. 1.065).

7) Banco de dados: No que tange ao DNA, a íris, a face e a voz, atualmente, os condenados por alguns tipos de crimes (como estupro) têm amostras do seu DNA coletadas e guardadas num banco de dados, até que ocorra o prazo de prescrição. Na proposta do Ministro da Justiça e Segurança Pública, todos os autores de crimes dolosos (quando há a intenção de cometer o crime) terão o DNA coletado. Além disso, a lei autoriza o Ministério da Justiça a criar o Banco Nacional Multibiométrico, ou seja, esta base de dados armazenará informações de impressões digitais, e também de íris, face e voz; esta tecnologia já existe e é usada em alguns tipos de smartphones, por exemplo.

No tocante a isso, de acordo com Gustavo Scandelari, o Supremo Tribunal Federal pode se posicionar sobre o tema, visto que a coleta de material genético de condenados já foi parar na Corte Suprema. Nesse

caso, a Defensoria Pública de Minas Gerais é parte do processo, que chegou ao Supremo Tribunal Federal depois que um juiz da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte/MG negou a coleta de perfil genético de um condenado por considerar a lei inconstitucional. (SCANDELARI, 2019). Em virtude disso, o caso é de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e ganhou repercussão geral na Corte Suprema, e o que for decidido neste caso, vale para todos os outros envolvendo a coleta de perfil genético no país.

Mas de fato surge um questionamento: a lei que permite a coleta de perfil genético de presos é inconstitucional? Ou seria constitucional? Em verdade, o Brasil merece mais reflexões a esse respeito, e nesse sentido argumenta Gustavo Scandelari que isto é uma interpretação do direito a não autoincriminação que está expresso na Constituição Federal de 1988. Desse direito a não autoincriminação extrai-se, não só no Brasil, mas em vários países do mundo ocidental, que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. (SCANDELARI, 2019).

8) Caixa Dois como crime: Na realidade, a prática de Caixa Dois (quando o candidato ou partido recebe doações de campanha não informadas à Justiça Eleitoral) é considerada falsidade ideológica eleitoral (sendo julgada pela Justiça Eleitoral, com penas mais brandas). O pacote “anticrime” do Ministro da Justiça e Segurança Pública cria o crime de Caixa Dois no Código Penal, sendo que a definição é a mesma da atual, mas a pena fica mais elevada, com dois a cinco anos de reclusão. (SHALDERS, 2019). Especificamente sobre o ponto relativo ao Caixa Dois, o tema ainda merece melhor orientação pelo Congresso Nacional, sendo uma medida importante para avançar e eliminar o fator de trapaça dentro do processo eleitoral.

9) "Plea bargain", ou solução negociada: O projeto de lei incluiu no sistema criminal brasileiro um instituto muito utilizado pelo direito anglo-americano que se refere à confissão de crimes por parte do acusado.

Não se trata de delação premiada, na qual o acusado deve apontar os demais coautores do crime. Nos Estados Unidos, este instrumento é chamado de "*plea bargain*". Em tal modalidade, o réu confessa sua culpa diante da acusação, e o Ministério Público não chega a apresentar denúncia, o que evita a instauração de um procedimento judicial. Em troca da confissão, o Ministério Público pode negociar benefícios na hora de cumprir a pena. Para tanto, o projeto de lei "anticrime" estabelece uma série de condições a serem observadas, sendo certo que este acordo só vale para quem comete crimes não violentos, com pena máxima inferior a quatro anos. Não obstante, este é um dos pontos mais detalhados do projeto de lei "anticrime", com mais de três laudas destinadas a ele. (SHALDERS, 2019).

No sistema americano, o réu ("*defendant*"), necessariamente sob a orientação de um advogado (*lawyer*), admitindo a existência de provas mínimas sobre sua culpabilidade (responsabilidade), aceita fazer a negociação (o "agreement"), onde confessa sua participação no crime ("*pleading guilty*") com o propósito de alcançar algum tipo de benefício penal, como redução da pena, perdão judicial, regime mais favorável de cumprimento da pena e etc. Resumidamente, a "*plea bargain*" é a possibilidade de negociação no campo criminal que tem por objeto recíprocas concessões a partir da confissão do acusado ("*guilty plea*"). Não se pode esquecer todavia, que parte da doutrina norte-americana vem tecendo críticas à "*plea bargain*" por entender que o instituto suprime direitos fundamentais do acusado (*accused*), uma vez que ao aceitar o acordo, o acusado abre mão de garantias referentes ao julgamento, como o julgamento por um juiz imparcial e o direito de não se autoincriminar.

De maneira assombrosa, conforme assinala Murilo Marques (2019), a possibilidade de responder por um crime mais grave pode fazer com que o acusado se sinta pressionado a aceitar o acordo mesmo sem ser culpado,

existindo uma grande disparidade de forças entre as partes acordantes, chegando a ocorrer coerção, por parte da acusação, em determinados casos. (MARQUES, 2019). Resumidamente, o instituto do “*plea bargain*” precisa ser observado com um olhar crítico no sistema criminal brasileiro, uma vez que sua implementação pode demonstrar uma fragilidade do Estado no tocante a análise dos indícios suficientes de autoria e materialidade do delito.

10) "Denunciante do bem", ou delator: Por outro aspecto, o projeto de lei cria a figura do "denunciante de bem" ou "*whistleblower*" (palavra inglesa para delator ou vazador), voltada para a pessoa que não está envolvida no crime do qual tem conhecimento. Consta-se, pois, do projeto de lei “anticrime”, que além de assegurar a proteção a esta pessoa, o informante também pode receber recompensa de até 5% do valor arrecadado, caso as informações dele resultem na recuperação de dinheiro desviado. Por sua vez, esta medida já estava no pacote das "Dez Medidas Contra a Corrupção", apresentado por meio de um projeto de lei de iniciativa popular e desfigurado pelo Congresso Nacional em 2016. (SHALDERS, 2019).

11) Juiz das Garantias: Acentua-se, todavia, que um dos pontos mais polêmicos da lei foi a criação da figura do “juiz de garantias”, que é um magistrado responsável pela supervisão de uma investigação criminal, não sendo ele que decidirá sobre o caso. O “juiz de garantias” deve, entre outras atribuições, receber a comunicação imediata da prisão e decidir sobre a legalidade da prisão provisória ou outra medida cautelar e sobre os pedidos de interceptação telefônica e de quebra de sigilo bancário. Em termos mais objetivos, o acréscimo do “juiz de garantias” é responsável pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (reserva de Jurisdição). Embora o Congresso

Nacional tenha retirado da proposta a excludente de ilicitude para agentes de segurança pública, um ponto que vem no texto é o que considera legítima defesa os atos de agentes que repelem agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes. (AGÊNCIA SENADO, 2019).

12) Dos Limites das Penas: O tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade foi alargado de 30 (trinta) para 40 (quarenta) anos. Para efeito da unificação, agora, tendo o indivíduo várias condenações, somam-se as penas para atingir o tempo máximo de 40 (quarenta) anos, desprezando-se o que exceder ao limite legal agora ampliado.

4 Justiça criminal brasileira: as dificuldades de implementação de uma lei “anticrime”

Frente à constatação de que o modelo de justiça criminal pautado nas regras clássicas do Direito Penal está repleto de contradições em suas promessas, comenta Leonardo Sica que:

A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou em sua opção preferencial pelos pobres, seletiva. Mesmo quando rápida e mais abrangente, ela não produz justiça, porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu, a quem é facultativo mentir em sua defesa. A vítima não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação. (SICA, 2008, p. 35).

Também é oportuno mencionar as reflexões de Marcos Rolim acerca dos desafios inerentes à complexidade das sociedades na contemporaneidade:

Entre os aspectos que podemos destacar acerca das sociedades complexas, está: a) A perda dos referenciais agregadores da sociedade, ocasionado pela pluralidade de significados implícitos nas finalidades sistêmicas e no modo como os sistemas interpretam a sociedade e as relações travadas no seu interior. Com isso, por um lado, os significados se tornaram inacessíveis e incompreensíveis para boa parte dos membros da sociedade; por outro lado, possuem efetividade a ponto de sobrepujar os significados ancorados na tradição ou na religião; b) A limitação crescente do papel e da força dos atores sociais, posto que os sistemas (mercado, política, etc.) adquiriram poder de impor-se ao mundo da vida e colonizar em grande medida os espaços outrora existentes, de sorte que ditam a sua lógica sobre as relações interpessoais e restringem o poder de participação e ação efetiva dos membros da sociedade e c) A reconfiguração das relações sociais, que se pautavam numa base de solidariedade e que foram modificadas *pari passu* na direção da sua formalização e neutralização, através da sofisticação do aparato de legalidade (ROLIM, 2006).

A partir destas reflexões, Marcos Rolim (2006) conclui que tal contexto contemporâneo, fez com que a Justiça se tornasse algo mais distante das relações cotidianas, posto que a sua compreensão e aplicação fosse atribuída à figura do Estado e de suas instâncias específicas (Executivo, Legislativo e Judiciário). Por conseguinte, a jurisdição, enquanto portadora dos discursos institucionais que “dizem o direito”, passou a ser a primeira instância de solução de conflitos, ao invés de ser o último recurso para a solução destes.

Pois bem, emerge em várias sociedades o movimento por uma Justiça mais “racional”, “célere” e “justa”. Segundo Raffaella da Porciúncula Pallamolla (2008), as propostas de mudanças no sistema de gestão do crime e da violência foram influenciadas pelo garantismo e pelo movimento vitimológico iniciado nos anos 80. Tais movimentos defendem um direito penal mínimo que pretende resguardar as garantias individuais do acusado e também das vítimas. (PALLAMOLLA, 2008, p.4).

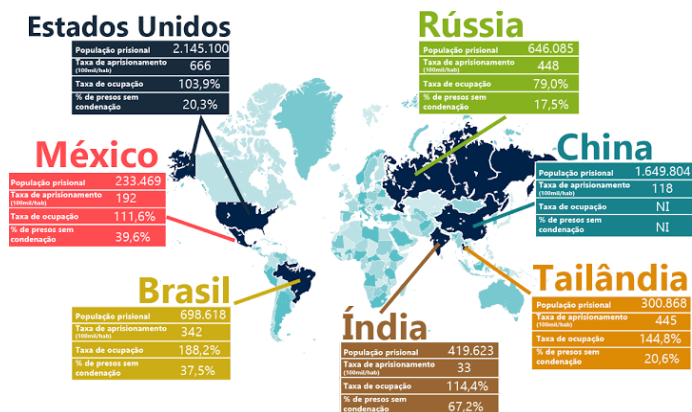
No caso específico da Justiça criminal, compreender em profundidade os problemas latentes da sociedade permite que se possa avaliar as possibilidades de implantação de uma nova proposta de lei “anticrime” como uma alternativa para o problema relativo à criminalidade. Como todo novo modelo, é compreensível as dificuldades de implementação de uma lei nova, e, sobretudo os obstáculos de cunho econômico, social, cultural e jurídico, demonstram a grande desconfiança, preconceito e incerteza com a mudança de paradigma. Há várias críticas no sentido de que essa nova proposta legislativa “anticrime” não será eficaz na restauração da ordem jurídica afetada pelo delito. Todavia, a lei “anticrime” que ora se apresenta necessita trazer respostas rápidas e mais eficazes à criminalização no âmbito de infrações penais que crescem exponencialmente a cada dia.

Por outro lado, existem aqueles que sustentam que a Justiça criminal apenas “passa a mão” na cabeça do infrator, não o fazendo responsabilizar-se de fato pelas consequências do delito praticado. É ultrapassado hoje em dia acreditar que o cárcere seria a solução para os problemas, tendo em vista que a maioria dos infratores que passam por esse sistema acabam cometendo novos delitos e não se ressocializam, sendo corrompidos ainda mais por esse sistema perverso. Embora as penas alternativas sejam comprovadamente mais “justas” e “eficazes”, por equívoco de autoridade, acabaram caindo em descrédito devido ao privilégio por aqueles acusados com alto poder aquisitivo.

Não há dúvidas de que o direito pode moldar a sociedade. Portanto, observa-se uma progressiva incapacidade do Estado de normativamente lidar com as transformações que têm ocorrido. Assim como a sociedade evolui, o direito também deve evoluir, e não basta apenas a criação de leis para se resolver os vários problemas que se apresentam na sociedade. De acordo com Felipe Asensi:

Atualmente, não há dúvidas de que a sociedade caminha ainda mais rápido! Para início de conversa, o que está por trás desta frase é uma certa disjunção estrutural entre, de um lado, as mudanças sociais e, de outro, a capacidade do Estado - especialmente o Legislativo - de acompanhar estas mudanças. Em termos sociológicos, isto remonta à discussão sobre se o direito molda a sociedade ou se a sociedade molda o direito. Neste sentido, não há dúvidas de que o direito pode moldar a sociedade. São vastas as pesquisas sobre o assunto no direito penal, no direito de família e no direito comercial, por exemplo. **Porém, cada vez mais observamos a sociedade moldando o direito, especialmente porque o processo legislativo não tem conseguido acompanhar as transformações sociais. O direito - amplamente ancorado numa certa autoestima cega de que pode corresponder e responder aos fatos sociais - tem tido diversos desafios para dar conta da progressiva complexidade e diversificação no nível nacional e internacional.** (ASENSI, 2019).

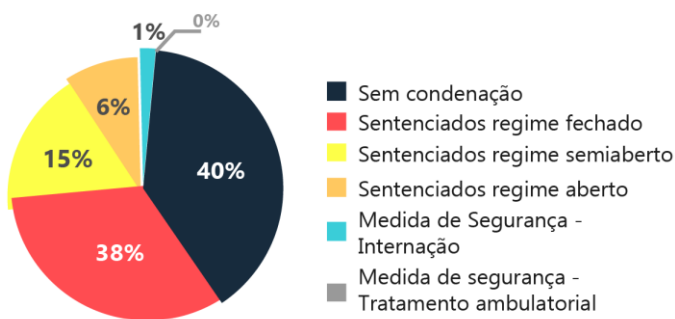
Pelo exposto, se é uma luta “anticrime”, não é com um projeto que tem meramente um cunho profilático que será resolvido o problema da criminalidade. Atualmente, o Brasil é considerado o terceiro maior índice de população carcerária do mundo, o que não é nenhum mérito para os brasileiros:



Fonte: Conjur, 2019.

Além disso, o que há 30 anos beirava 90 mil pessoas presas, segundo os dados estatísticos do site Consultor Jurídico (2019), o Brasil hoje supera exponencialmente o seu número de detentos (é um aumento muito significativo e um grande retrocesso, pois está se prendendo a cada dia mais sem se identificar o porquê dessa escalada vertiginosa da prática de crimes). Importa esclarecer que não se combate o crime, e não se cria um projeto “anticrime” sem se pensar num processo de adequação do sistema que é falido.

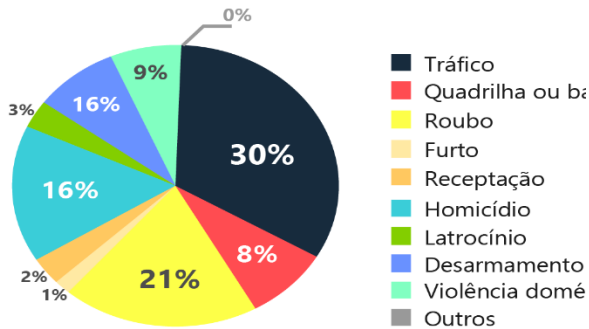
De acordo com o relatório do site Consultor Jurídico (2019), 89% da população prisional está em unidades superlotadas: 78% dos estabelecimentos penais têm mais presos que o número de vagas. Comparando-se os dados de dezembro de 2014 com os de junho de 2016, o déficit de vagas passou de 250.318 para 358.663. A taxa de ocupação nacional é de 197,4%. Já a maior taxa de ocupação é registrada no Amazonas: 484% (CONJUR, 2019):



Fonte: Conjur, 2019.

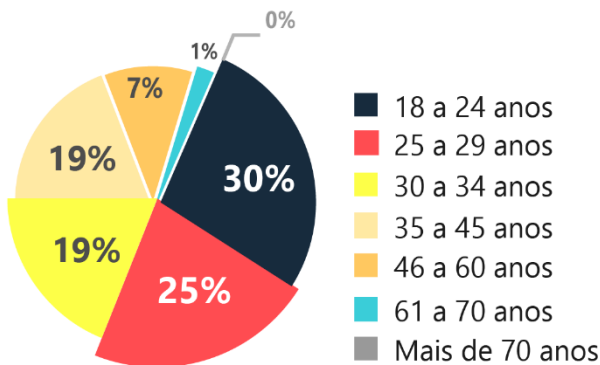
Da mesma forma, o Infopen indica que 4.804 pessoas estão presas por violência doméstica e outras 1.556 por sequestro e cárcere privado. Crimes contra a dignidade sexual levaram 25.821 pessoas às prisões. Desse

total, 11.539 respondem por estupro e outras 6.062 por estupro de vulnerável (CONJUR, 2019):



Fonte: Conjur, 2019.

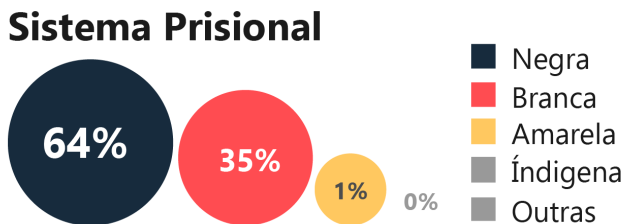
Lado outro, do universo total de presos no Brasil, 55% têm entre 18 e 29 anos. Observando-se o critério por estado, as maiores taxas de presos jovens, com menos de 25 anos, são registradas no Acre (45%), Amazonas (40%) e Tocantins (39%). (CONJUR, 2019):



Fonte: Conjur, 2019.

Ademais, levando-se em conta a cor da pele, o levantamento mostra que 64% da população prisional é formada por pessoas negras. O maior percentual de negros entre a população presa é verificado no Acre (95%),

no Amapá (91%) e na Bahia (89%). Quanto à escolaridade, 75% da população prisional brasileira não chegou ao ensino médio. Menos de 1% dos presos tem graduação (CONJUR, 2019):



Fonte: Conjur, 2019.

Com grande preocupação, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), publicou em seu sítio na internet a seguinte nota sobre o projeto de lei “anticrime”:

Trata-se de um projeto tecnicamente frágil, por trazer previsões já declaradas inconstitucionais e/ou de difícil compreensão, além de ter como efeito previsível um aumento exponencial nas taxas de encarceramento, inclusive pelos delitos menos graves. Ao contrário de garantir segurança pública, o projeto, se aprovado, aprofundará a crise na segurança, fortalecendo facções prisionais, pelo fomento ao aprisionamento indiscriminado de sujeitos vulneráveis. [...] Assim, a tendência do "pacote contra o crime" é agravar ainda mais o problema do superencarceramento - que já coloca o Brasil como o terceiro país com maior número de presos no mundo. (IBCCRIM, 2019).

De maneira a aprofundar a análise do projeto de lei “anticrime”, o Ministro da Justiça e Segurança Pública comete um equívoco absurdamente ao tentar normatizar a antecipação do cumprimento de pena a partir da segunda instância. Pelo caput do artigo 617-A, tem-se o seguinte:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal **determinará** a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal **poderá**, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma **questão constitucional ou legal relevante**, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada. (METROPOLES, 2019).

Quanto à observação de questões essenciais, indubitavelmente o verbo “determinará” traduz uma imposição aos tribunais, que não poderão mais deixar de ordenar a execução provisória da pena cominada, seja ela privativa de liberdade (sanção corporal) ou restritiva de direitos ou, ainda, pecuniária. Todavia, a execução passa a ser decorrência do acórdão condenatório, que confirmar a sentença de primeiro grau ou a reformar, no todo ou em parte. (ENÉAS, 2019). Paulatinamente a essas observações, percebem-se alguns equívocos no parágrafo primeiro do artigo 617-A do projeto de lei “anticrime”, que restringem e anulam a intenção do artigo de lei. É possível verificar que ao se facultar ao tribunal (“poderá”) a não autorização para a execução provisória “se houver uma questão constitucional ou legal relevante”, o legislador subverte o disposto no *caput* do artigo, pois traz o julgamento a um campo extremamente subjetivo, no qual muito dificilmente não haverá questões (ou legais infraconstitucionais ou constitucionais “relevantes”). (ENÉAS, 2019). De maneira a exemplificar tal situação, Paulo Enéas explica que:

Caso a parte tenha interposto recurso especial ou extraordinário acerca dos respectivos assuntos – legal ou constitucional –, isso já bastará como tese a ser

levantada pela defesa para barrar a execução provisória da pena. Em última análise, chega-se a um cenário absurdo, no qual, em sendo apenas interpostos os recursos especial e/ou extraordinário, isso bastará, tão somente, para que o julgador colegiado deixe de determinar a execução provisória da pena. Assim sendo, a situação ficará muito pior que é hoje, pois os recursos de natureza extraordinária (especial e extraordinário) não suspendem a execução da pena, mas passarão a ter o malfadado efeito suspensivo, hoje atribuído, apenas, à apelação. (ENÉAS, 2019).

Por mais “obscuras” que sejam as impressões do projeto de lei “anticrime”, isto representa um contrassenso, pois o parágrafo primeiro “amarra” e coloca algemas no dispositivo legal. (ENÉAS, 2019). Por óbvio, todos os advogados e defensores públicos solicitarão esse efeito suspensivo, mencionando a efetiva ou futura interposição dos referidos recursos. Inclusive, por se tratar de campo subjetivo, cabível ao alvitre do julgador (que será, na verdade, o relator do recurso). Além disso, Paulo Enéas ensina que:

[...] todas as questões submetidas à análise dos Tribunais Superiores, seja em recurso especial (“questão de direito federal”), seja em recurso extraordinário (“questão constitucional relevante”) têm a possibilidade de resultar em absolvição, anulação da sentença ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou, ainda, gerar mudança do regime de cumprimento de pena para o aberto, dependendo do objeto da ação e do cumprimento dos requisitos necessários à análise do mérito, já delineadas pelas jurisprudências do STJ e do STF. A dosimetria da pena e eventuais nulidades são revistos, em regra, quando da análise de tais recursos. Por tal motivo, insistimos que praticamente todos os recursos poderão obstaculizar a execução das penas após o julgamento do recurso de apelação e seus consectários (embargos de declaração, embargos de divergência ou embargos infringentes), pelo Tribunal de origem. Isso contraria e contradiz o caput do artigo. Não faz sentido! Toda essa confusão legislativa faz com que o efeito

suspensivo passe a ser regra e não exceção, tornando a situação da execução provisória das penas verdadeiramente inexistente! (ENÉAS, 2019).

Assim como o projeto de lei “anticrime” deve ser recebido com certa prudência, a segurança pública deve ser tratada com a devida seriedade e responsabilidade política que exige e merece. Conforme assinala Lênio Luiz Streck, o pacote “anticrime” do Ministro da Justiça e Segurança Pública endossa a tese da prisão automática e obrigatória, “que (I) me parece muito claramente inconstitucional, e (II) não traduz ‘o entendimento atual’, mas, sim, a leitura de dois ministros” (STRECK, 2019). Nesse passo, conclui Lênio Luiz Streck que:

[...] é legítimo que se pense, que se discuta, que prender antes do trânsito em julgado é moralmente bom, politicamente adequado, o que for; mas quem se dispõe a participar do jogo de linguagem que é o Direito não pode perder de vista que parte das regras constitutivas do jogo é a Constituição. E não devemos esquecer que a presunção da inocência é uma questão constitucional e não uma “questão de lei ordinária”. Dito isso, um passo atrás. Muito já foi dito e escrito sobre a execução provisória da pena. Só eu, apenas eu, falei sobre isso aqui, aqui, aqui, e também aqui. Não fui o único. Há ainda um livro já meio antigo, meio surrado, meio esquecido, que já definiu a questão já há três décadas. Chama-se, não sei se vocês lembram, Constituição Federal. O livrinho diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como bem diz o ministro Marco Aurélio, ao criticar a proposta de Moro, “é preferível antes cem culpados soltos do que um inocente preso”. E mais não precisa dizer sobre isso. (STRECK, 2019).

Enfaticamente, Lênio Luiz Streck (2019) destaca que a questão prioritária no sistema jurídico que incomoda é a prisão em segunda instância, ou seja, o projeto “anticrime”, ao que me parece, obriga o cumprimento de pena de prisão imediatamente após condenação em segunda instância. Em sua entrevista coletiva, o Ministro da Justiça e

Segurança Pública fez, por diversas vezes, menção ao entendimento atual do Supremo Tribunal Federal com relação à presunção de inocência. De tal sorte, ao se analisar a proposta de redação “anticrime”, verifica-se que: “Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos”. (STRECK, 2019).

Não raro é observar que essa é a tese de dois ministros do Supremo Tribunal Federal: a tese da prisão automática, segundo a qual o acórdão em segundo grau já é a própria ordem escrita e fundamentada que determina a prisão do réu. Certamente, trata-se daquilo que consta na inconstitucional Súmula 122 do TRF-4: “Encerrada a jurisdição criminal de segundo grau, deve ter início a execução da pena imposta ao réu, independentemente da eventual interposição de recurso especial ou extraordinário”. (STRECK, 2019). A esse respeito, a única certeza que se tem é: “Somos contra o crime! Somos contra a corrupção! Quem não é? Abstrações exigem explicações, sob pena de não dizerem nada. Ou de dizerem tudo sem dizer diretamente o que dizem, o que é ainda pior” (STRECK, 2019). É preciso dar um passo à frente, e pelo visto, com a aprovação do pacote “anticrime” da maneira em que se encontra disposto, estar-se-á dando um passo atrás e violando várias previsões legais do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Ora, diante do populismo penal, de uma lei “ultrapunitivista” e de um pacote de profilaxias, a proposta ostenta um endurecimento da legislação penal e a diminuição das garantias processuais dos réus, soluções essas que há tempos são demonstradas pela ciência penal como de apelo popular, porém inócuas para lidar com a complexidade dos conflitos sociais, mas com grande poder para inflar o sistema carcerário brasileiro já declarado pelo Supremo Tribunal Federal como padecedor de um

“estado de coisas inconstitucional”. (JORDÃO, 2020). Verdade seja dita, mas com a aprovação da lei “anticrime” ou outras leis que possivelmente poderão surgir no Congresso Nacional, haverá o sepultamento de princípios e regras, assim como o funeral do Estado democrático de direito. De acordo com Lênio Luiz Streck:

Para além, e ainda antes, de todo seu problema moral, a proposta legislativa é um atentado direto a toda principiologia constitucional que sustenta nosso Direito. Você acha bom e desejável aumentar penas e reforçar modos de justificar ações policiais e, ao mesmo tempo, enfraquecer as garantias processuais? Repito, pense o que quiser. Mas não esqueça de Mencken: problemas complexos não se solucionam com respostas fáceis. [...] Se o Brasil pensa que vai combater a violência - que é estrutural - com mais violência, estará enterrando o Direito e assinando o atestado de fracasso. (STRECK, 2019).

O Brasil vivencia atualmente uma sede de punir e uma febril criminalização sem freios. Diante disso, verifica-se que o governo brasileiro, através do Presidente da República, sancionou em dezembro de 2019, na véspera de Natal, o controverso pacote “anticrime” do Ministro da Justiça e Segurança Pública. A lei aprovada apresenta-se como uma versão empalidecida do conjunto de medidas profiláticas para frear a criminalidade no Brasil. A presente lei foi amplamente debatida por uma comissão de juristas capitaneados pelo Ministro Alexandre Moraes, do Supremo Tribunal Federal, além de Deputados e Senadores no Congresso Nacional. Cumpre destacar, porém, que é preciso a reestruturação da fundamentação axiológica do direito dentro de um projeto crítico-discursivo do agir humano, de forma a combater a alienação que se abate sobre o homem “pós-moderno”.

¹ A perspectiva positivista e empirista em sua evolução, desde Hume ao neopositivismo, destruiu a objetividade da racionalidade enquanto razão substancial e teleológica ligada a valores objetivos, deixando a apreciação axiológica

5. Considerações finais

De maneira conclusiva, observa-se que um processo civilizatório exige a intensificação do debate acerca de correntes que possam coibir o aumento da criminalidade em todo o país ou ao menos tentar amenizar tal situação problemática que realisticamente vive a sociedade. Não está em causa no direito um complexo global dos valores morais, mas apenas um único: a justiça. Contudo, aquilo que em nome do direito, pode e deve ser exigido a todos são apenas certos comportamentos morais elementares exigidos pela manutenção das condições mais essenciais à vida humana comunitária. Entretanto, se o homem só pode desenvolver suas potencialidades racionais e éticas através da vida em sociedade, é inegável que a sua realização plena dependa da construção democrática e da observância de normas de comportamento, sem as quais a vida em sociedade não seria possível.

Afinal, qualquer ação humana de edificação deve-se tornar um consciente e simultâneo ato de autodeterminação, pois, caso contrário, o mecanismo da guerra civil estaria sempre engatilhado contra qualquer possibilidade de forma estável de vida social. Resumidamente, a estrutura de combate à criminalidade no Brasil está falida, e o Estado brasileiro necessita urgentemente de um “modelo paradigmático adequado” aos novos tempos para lidar com a questão da criminalidade. Isso só será possível, se racionalizarmos o sistema criminal e utilizarmos a democracia ao nosso favor, sempre respeitando os valores mais fundamentais do ser humano.

aos ditames do subjetivismo relativizado e irracional. A queda da capacidade judicativa da razão e a debilitação da capacidade crítica pela superafetação da própria racionalidade instrumental e técnica foi, de fato, consequência do desenvolvimento iluminista. Entretanto, o iluminismo e sua racionalidade crítica se movem dentro de uma “dialética de esclarecimento” que não cessa, caminhando por uma vertente crítica da função e das possibilidades da razão (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 91).

Por fim, diante do quadro instalado de esvaziamento constitucional, de criação de leis que tentam “reinventar a roda” e de esterilização de uma das principais conquistas do cidadão, destaca-se, porém, que é neste momento de crise das instâncias de poder que devem ser resguardados os parâmetros, os princípios e os valores, para não se chegar a uma instabilidade social e jurídica. Desse modo, não é possível acreditar que o Direito Penal, considerado para a grande maioria da doutrina como medida de *ultima ratio*, juntamente com o Processo Penal que o instrumentaliza, seja a solução para todos os problemas da sociedade.

Não se ignora, pois, que o Estado brasileiro tem o direito e o interesse em punir cidadãos que tenham condutas que irão contrariar a ordem jurídica, e nesse caso, podem aplicar sanção àqueles que cometem ilícitos. Todavia, esse direito-dever de punir do Estado deve conviver e respeitar a liberdade pessoal, um bem jurídico do qual o cidadão não pode ser privado, senão dentro dos limites legais impostos. E nessa linha de pensamento, os princípios e garantias consagradas no texto constitucional não podem ser ignorados ou desrespeitados pela Suprema Corte, mas sim cabe a esta reafirmá-los, defendê-los e impedir decisões que os contrariem, reformando-as ou caçando-as, de maneira a se buscar o bem-estar, a paz social e a segurança jurídica. Na sociedade contemporânea, o que se espera é que o tão aclorado guardião da Constituição, dos bons e velhos tempos, ressurgia para desempenhar o seu papel mais importante: o de assegurar, garantir e proteger os direitos fundamentais consagrados a todos!

De todo modo, antes de se pensar em qualquer projeto de lei “anticrime”, é preciso reforçar a tese de uma política criminal que possa absorver no sistema democrático a desjudicialização do conflito; a desburocratização; o desafogamento do Poder Judiciário; a diminuição de custos para a máquina estatal; a celeridade; a participação direta dos

envolvidos (autor e vítima) na resolução do conflito; a conscientização da dimensão do valor dos bens jurídicos ofendidos e de suas consequências; a reparação do dano; a minoração da estigmatização e discriminação do apenado; a prevenção; a inclusão; a racionalização das leis e a pacificação social.

Referências

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

AGÊNCIA SENADO. **Pacote anticrime é sancionado com vetos**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/26/pacote-anticrime-e-sancionado-com-vetos>>. Acesso em: 29 dez. 2019.

ASENSI, Felipe. **Sociedade caminha cada vez mais rápido que o direito**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-10/felipe-asensi-sociedade-caminha-cada-vez-rapido-direito>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

BONNER, Michelle D. Tough on Crime: ***The Rise of Punitive Populism in Latin America***. University of Pittsburgh Press, 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Obra coletiva de autoria da Editora Rideel. São Paulo: Rideel, 2017.

BUARQUE, Daniel. **Lei anticrime de Moro é populismo punitivo e visa vingança**. Disponível em: <<https://brasilianismo.blogosfera.uol.com.br/2019/02/09/lei-anticrime-de-moro-e-populismo-punitivo-e-visa-vinganca-diz-academica/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

CNJ. **Justiça em números 2017 (ano-base 2016)**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

CONJUR. **Brasil tem a 3ª maior população carcerária do mundo, com 726.712 mil presos**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-08/brasil-maior-populacao-carceraria-mundo-726-mil-presos>>. Acesso em: 28 dez. 2019.

ENEAS, Paulo. **Análise do Anteprojeto de Lei Anticrime**. Crítica Nacional. Disponível em: <<https://criticanacional.com.br/2019/02/11/analise-do-anteprojeto-de-lei-anticrime/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ESTEFAM, André. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IBCCRIM. **Anteprojeto do novo Código de Processo Penal e a importância de sua exposição de motivos**. São Paulo, ano 18, edição especial, agosto, 2010.

IBCCRIM. **Nota sobre "pacote de medidas" do ministro da Justiça e Segurança Pública, Sergio Moro**. Disponível em: <<http://infodireito.blogspot.com/2019/02/noticias-ibccrim.html>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

JORDÃO, Fernando. **Projeto anticrime é “ultrapunitivista”, defende a Arquidiocese de Brasília**. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/02/12/interna_politica,737039/projeto-anticrime-e-ultrapunitivista-defende-arquidiocese-de-brasilia.shtml>. Acesso em: 20 dez. 2019.

MARQUES, Murilo. **Os perigos da plea bargain no Brasil**. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/400578643/os-perigos-da-plea-bargain-no-brasil>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

METROPOLES. **Confira a íntegra do Projeto de Lei Anticrime de Sergio Moro**. Disponível em: <<https://www.24horasnews.com.br/noticia/confira-a-integra-do-projeto-de-lei-anticrime-de-sergio-moro.html>>. Acesso em: 04 fev. 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciúncula. **A Justiça restaurativa da teoria à prática:**

relações com o sistema de Justiça criminal e implementação no Brasil. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2008. Disponível em: <http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/5/TDE-2009-03-05T055242Z-1702/Publico/409552.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2019.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha:** policiamento e segurança pública no

séc. XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.

SCANDELARI, Gustavo. **CSI Brasil:** os planos de Moro para solucionar crimes através do

DNA. Gazeta do Povo. Disponível em: <<https://dotti.adv.br/csi-brasil-os-planos-de-moro-para-solucionar-crimes-atraves-do-dna/>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

SHALDERS, André. **"Pacote anticrime" de Sérgio Moro:** por que alguns advogados e

juristas questionam a proposta. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-47125522>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e Mediação Penal.** Lúmen Júris, Rio de Janeiro:

2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Ministro equivoca-se ao definir presunção da inocência.**

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-nov-17/ministro-fux-presuncao-inocencia-regra-nao-principio>>. Acesso em: 12 dez. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros.**

Senso Incomum. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

VALENTE, Jonas. **Entidades da sociedade se manifestam sobre projeto de lei**

anticrime. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-02/entidades-da-sociedade-se-manifestam-sobre-projeto-de-lei-anticrime>>. Acesso em: 17 fev. 2019.

Sobre os autores

ADRIANA PATRÍCIA CORTOPASSI COELHO é Mestre em Direito Público com ênfase em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damásio de Jesus. Pós-Graduada em Segurança Pública e Justiça Criminal pela Faculdade João Pinheiro/MG. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Atualmente é Delegada de Polícia - Polícia Civil de Minas Gerais e Professora de Teoria da Pena no Centro Universitário Una. Professora de Geoprocessamento na Pós-Graduação em Criminologia na Academia de Polícia Civil de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

ALESSANDRA MARA DE FREITAS SILVA é Mestre em Instituições Sociais, Direito e Democracia pela Universidade FUMEC e graduada em Direito pela Faculdade Milton Campos. Possui MBA em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas e LLM em Direito pela Fundação Getúlio Vargas. Coursou duas disciplinas isoladas no Doutorado da PUC Minas. Atualmente exerce a função de Coordenadora Regional do Curso de Direito MG-GO, atuando na Vice Presidência da Ânima Educação. É membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG. É professora de Direito Administrativo e Constitucional no Centro Universitário UNA desde 2012, no Curso Superior de Tecnologia em Atividades de Polícia Ostensiva da Polícia Militar de Minas Gerais (desde 2014) e em diversos preparatórios para concursos (desde 2001). Foi relatora da Comissão de Ética da OAB no período de 2012 a 2015; foi Presidente da Escola Superior da OAB Contagem e foi Membro do Conselho Municipal de Ensino do Município de Contagem. Atuou como Diretora do Méritus - Curso Preparatório para concursos - entre 2005 e 2011 coordenando mais de 4.000 alunos. Foi coordenadora da Faculdade UNA de Contagem (2013-2017), do Centro Universitário UNA unidade Aimorés (2017-2019). Possui experiência como professora de Direito Administrativo há 19 anos, em Gestão Educacional há 14 anos e experiência docente há 22 anos. É organizadora da Revista de Estudos Jurídicos da UNA.

ALEXIA MARIA BARBOSA MEDINA DE MOURA é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

ALINE RICELLI GONÇALVES ANDRADE é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

ALLAN DUARTE MILAGRES LOPES é Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES). Professor da Graduação e da Pós-Graduação da UNA. Professor de Direito Imobiliário da Pós-Graduação da FUPAC. Advogado Especialista em Direito Imobiliário. Palestrante.

ANA FLÁVIA SALES é Mestre em Direito Processual Civil pela PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela IEC/PUC. Graduada em Direito pela PUC Minas. Professora Universitária de Direito Processual Civil. Pesquisadora em Direito.

ANDRÉ FILIPE NEPOMUCENO MIRANDA LEITE é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

ANDRÉ VINÍCIUS ARCANJO DINIZ SOUSA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

AURILENE THAÍS FERREIRA DA SILVA é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Mediadora e Conciliadora pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisadora em Direito.

BRUNO DAMACENA PENEDA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

CLARA LUIZA FREITAS FERNANDES DE AQUINO é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Trabalhou nas áreas administrativas e de gestão de pessoas, em uma das maiores empresas de logística do continente. Estagiou na 8º Delegacia Especializada em Homicídios no município de Betim/MG. Estagiária no Instituto de Previdência Social do Município de Betim-IPREMB, exercendo atividades especializadas em RPPS. Pesquisadora em Direito.

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS é Coordenadora do Curso de Direito do Centro Universitário UNA. Professora de Direito na UNA, na Pós-graduação da PUC Minas e no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Avaliadora do Sistema Nacional de Educação Superior do MEC no BASIS/INEP. Servidora Pública Federal do TRT MG. Pós-Doutora pela Universidade Federal da Bahia. Doutora e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação à Distância pela PUC Minas. Especialista em Direito Público. Especialista em Ciências Criminais pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC.

CRISTIAN MARTIN SOARES DE OLIVEIRA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

CRISTIAN KIEFER DA SILVA é Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutor em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Processual pelo CEAJUFE. Especialização em Direito Público pelo EBRADI. Graduado em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduado em Administração pela PUC Minas. *Visiting Scholar* na *Northeastern State University-EUA*, na *University of Tulsa-EUA* e na *Oklahoma State University-EUA*. É Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. É Professor da Escola de Direito da SKEMA Business School. É Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (Faminas-BH). É Professor da Pós-Graduação em Direito da Escola Brasileira de Direito (EBRADI). É Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). É Pesquisador voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). É membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). É membro associado da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC). Membro do NAP (Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC/MG). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

DIEGO HENRIQUE NOTÓRIO MACEDO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Serventuário no 2º Ofício de Notas da Comarca de Contagem/MG. Pesquisador em Direito.

DOUGLAS GONÇALVES PIMENTEL é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

EMYLLE FERNANDA SILVA MARTINS é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

FERNANDA CARACCI GOMES MARTINS é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária na 3º Vara Empresarial da Comarca de Contagem/MG. Pesquisadora em Direito.

FERNANDO TEIXEIRA DE PAULA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

FLAVIANE MONTEIRO é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Pesquisadora em Direito.

GABRIEL GONÇALVES é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiou no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Juizado Especial Cível e da Fazenda Pública de Belo Horizonte. Pesquisador em Direito.

GABRIEL MARQUES E SOUZA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

GABRIELA SOARES DA SILVA é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiou no Gabinete Juiz Membro da Corte IV do Tribunal Regional Eleitoral de Belo Horizonte/MG. Pesquisadora em Direito.

GABRIELLE CRISTINE FERRARI DE ARAÚJO é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária no PROCON (Programa Estadual de Proteção e Defesa do Consumidor). Pesquisadora em Direito.

GUSTAVO FERNANDES DE ALBUQUERQUE é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

HENRIQUE AVELINO LANA é Pós-Doutor em Direito Empresarial. Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela PUC/MG. Cursou o Mestrado e Doutorado como bolsista CAPES PROSUP, modalidade I. Advogado militante, sócio do escritório MP&AL - Moreira do Patrocínio & Avelino Lana Advogados. Professor da Pós Graduação Lato Sensu da PUC MINAS e do Centro Universitário UNA. Foi Professor dos cursos de graduação em Direito, Administração, Economia e Contabilidade da UFMG. Foi Professor dos cursos de Direito, Administração, Contabilidade e Ciências Atuariais da PUC/MG. Foi Professor de Direito da Faculdade Pitágoras de BH/MG e FEAD. Professor dos cursos de direito, Administração, Contabilidade, Economia, Gestão Financeira, Logística, Gestão Pública, Gestão da Qualidade, Processos Gerenciais, Gestão Comercial e Marketing do Centro Universitário UNA. Professor na Pós-Graduação em Direito do CEDIN, Faculdade Estácio de Sá em BH/MG, Universidade de Vila Velha/ES e Faculdade de Ciências Jurídicas / FEVALE-MG. É Diretor e Orientador do Instituto de Investigação Científica, Constituição e Processo - IICCP. Membro da Comissão Especial de Direito Societário e da Comissão Especial de Recuperação de Empresas e Falência da OAB/MG. Membro Associado da ABDE. Associado ao CONPEDI. Pesquisador e Orientador do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA. Membro do NAP - Núcleo Acadêmico de Pesquisa da PUC/MG. Membro Acadêmico Associado da ABDC.

HERMAN NÉBIAS BARRETO é Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutorando em andamento pelo programa de Pós-Graduação em História da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais na linha de pesquisa da história social da cultura. Dirigiu a fundação, desenvolvimento e reconhecimento da Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina agregada à Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Exerceu a Direção Acadêmica da Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina (FCJ-UEMG). Exerceu a Coordenação do Núcleo de Atendimento da Ouvidoria de Polícia do Estado de Minas Gerais da macro-região de Diamantina. Docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Diamantina (FCJ-UEMG). Docente do Curso de Graduação em Direito da FEAD. Docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Arnaldo Janssen. Docente do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNA. Experiência acadêmica com ênfase em ensino, pesquisa e

extensão em Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Direitos Humanos, Hermenêutica, História do Direito, Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Direito Internacional. Desenvolveu trabalho de tradução e editoração de livros universitários na área do Direito.

HIAGO ALVES MOREIRA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

ISABELA LUIZA DA SILVA SANTIAGO é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

ISABELA MARIA MARQUES THEBALDI é Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do curso de Direito do Centro Universitário UNA.

ISRAEL DA SILVA BATISTA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Graduado em Gestão de Recursos Humanos. Graduado em Tecnologia em Atividade de Polícia Ostensiva em Contagem/MG. Pesquisador em Direito.

JENIFFER SABRINA DA SILVA GOMES é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

JÉSSICA PÂMELA DA SILVA MOUTINHO é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

JOICE SUELLEN MENEZES DA SILVA é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

JONATHAN DE MELO COSTA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiário no 8º Cartório Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Estagiou no Departamento de Polícia Rodoviária Federal de Contagem/MG. Pesquisador em Direito.

JÚLIA ARÊDES DE ABREU MATOS é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária de Direito do Instituto Abolicionista Animal. Estagiária de Direito da 4ª

Superintendência de Polícia Rodoviária Federal de Contagem/MG. Pesquisadora em Direito.

JULIANA BATISTA DA SILVA é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiou no PROCON de Contagem e no Tribunal Regional Eleitoral. Pesquisadora em Direito.

JULIANA PAULA COSTA RIBEIRO é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Servidora Pública. Estagiou pela Advocacia Geral do Estado. Pesquisadora em Direito.

KETELLY KELLY DE OLIVEIRA REIS é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

LARA CAROLINA ANJOS ARAÚJO é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

LEANDRO HENRIQUE BRITO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Já atuou como Estagiário na Justiça Eleitoral, na Justiça do Trabalho e na Justiça Criminal da Defensoria Pública de Minas Gerais da Comarca de Betim/MG.

LEONARA NADIELLE RODRIGUES CRUZ é Graduada em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiária na Procuradoria do Município de Esmeraldas/MG. Pesquisadora em Direito.

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE é Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA. Mestre em Direito pela PUC Minas. Coordenador do Núcleo de Práticas do Centro Universitário UNA Contagem. Professor Assistente no Centro Universitário UNA. Conselheiro da OAB Contagem. Secretário Geral da OAB Jovem de Minas Gerais. Membro da Escola Superior de Advocacia de Contagem. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito, Advocacia, Responsabilidade Civil, Dano Moral e Estatuto da Pessoa com Deficiência.

LUCAS EMANUEL DA SILVA MOREIRA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiário na Rede Norte-Sul. Estagiou no Tribunal de Justiça de Minas Gerais na área de Direito Cível. Pesquisador em Direito.

LUCAS VINÍCIOS CRUZ é Mestrando em Direito Privado pela PUC Minas (bolsista CAPES/PROEX TAXAS). Especialista em Direito de Empresa pela PUC Minas. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UNA, onde foi gratificado com a medalha Portal Ouro UNA, premiação entregue ao melhor aluno do curso de Direito do Centro Universitário UNA. Foi membro pesquisador e bolsista do Grupo de Pesquisa Empresa, Direito e Desenvolvimento Social, vinculado ao Centro Universitário UNA. Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário, Empresarial, Civil e Consumidor.

LUIZA OLIVEIRA E SILVA é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

NAYALLA FERREIRA SOL é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

MANUELLE MAGALHÃES LOPES é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiou no Gabinete da 2ª Vara Criminal da Comarca de Betim/MG. Pesquisadora em Direito.

MARCOS HENRIQUE FERNANDES JÚNIOR é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

MARIANA LUIZA SANTOS LOPES é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiou na Vara de Violência Doméstica da Comarca de Contagem. Pesquisadora em Direito.

MAX TOMÉ LEAL é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiário na GPA (Penitenciária Público Privada), atuante em Execuções Penais. Estagiou na Caixa Econômica Federal na área de Direito Civil. Pesquisador em Direito.

MIGUEL AUGUSTO VIANA PINTO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Policial Militar pela Polícia Militar de Minas Gerais. Formado no Curso Superior Tecnólogo em Atividade de Polícia Ostensiva (CSTAPO) pela Escola de Formação de

Soldados. Formado em Curso de Operações e Rondas Ostensivas com Cães. Pesquisador em Direito.

NATHÁLIA FERREIRA ARAÚJO é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

RAFAEL MARQUES E SOUZA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

RAFAELA OLIVEIRA PONTES é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

RAPHAEL CAETANO RODRIGUES SILVA é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Conciliador devidamente capacitado pela Escola Desembargador Edésio Fernandes, em curso realizado gratuitamente por critério de seleção em que se obteve aprovação e indicação do Núcleo de Práticas Jurídicas do Centro Universitário UNA, como requisito parcial para a participação do projeto de extensão CONCILIAUNA. Participante da Primeira Olimpíada de Direito Civil, promovida pela OAB da subseção de Contagem, custeada pelo Centro Universitário UNA, em que se recebeu menção honrosa pela mesma instituição e se obteve medalha de ouro na modalidade Conhecimento de Legislação. Participante da Competição de Conhecimentos Jurídicos promovida pela Ânima Educação (AnimaMoot), em que se exerceu a função de orador, redator e líder de equipe, sendo classificado para etapa nacional. Pesquisador em Direito Civil e Processual Civil. Monitor voluntário eleito pela segunda vez consecutiva em processo seletivo promovido pelo Centro Universitário UNA, nas áreas de Direito Civil e Direito Processual Civil (monitoria atual). Estágio em Tribunal de Justiça de Minas Gerais, com atuação precípua nos Juizados Especiais Cíveis, em grande parte no setor da conciliação e da atermação. Extensionista de projetos desenvolvidos pelo Centro Universitário UNA. Coautor de capítulo de livro publicado e devidamente reconhecido pela Biblioteca Nacional.

ROCHELLE FERREIRA PARAISO é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

THALITA GRAZIELE PEREIRA DE SOUZA é Graduanda em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisadora em Direito.

THIAGO AUGUSTO SANTOS DE CASTRO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

TIAGO INFANTINI DOS SANTOS é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

VICTOR DOS SANTOS BRUCE é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

VICTOR ERIK OLIVEIRA MACHADO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Pesquisador em Direito.

WALLACY DAVID GREGÓRIO é Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. Estagiário no Juizado Especial de Betim/MG. Já atuou como conciliador voluntário do Juizado Especial de Betim/MG. Pesquisador em Direito.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org