ORGANIZADORES:

ANDREY HENRIQUE ANDREOLLA
CAROLINE ISABELA CAPELESSO CENI
GIANA LISA ZANARDO SARTORI
JOSÉ PLÍNIO RIGOTTI
LUCIANO ALVES DOS SANTOS
RAFAEL SOTTILI TESTA
VALTER AUGUSTO KAMINSKI
VERA MARIA CALEGARI DETONI

Direito Contemporâneo:

DISCUSSÕES INTERNACIONAIS E MULTIDISCIPLINARES

URI
ERECHIM

EDIFAPES

ISBN 978-65-88528-05-1

Andrey Henrique Andreolla
Caroline Isabela Capelesso Ceni
Giana Lisa Zanardo Sartori
José Plínio Rigotti
Luciano Alves dos Santos
Rafael Sottili Testa
Valter Augusto Kaminski
Vera Maria Calegari Detoni

ORGANIZADORES

Direito Contemporâneo:

discussões internacionais e multidisciplinares

EDIFAPES
Erechim/RS
2020

Todos os direitos reservados à EDIFAPES.
Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma e por qualquer meio mecânico ou eletrônico, inclusive através de fotocópias e de gravações, sem a expressa permissão dos autores. Os dados e a completude das referências são de inteira e única responsabilidade dos autores.

Editoração/Diagramação: EdiFAPES
Revisão: Autores
Capa: (Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos /URI Erechim)

Conselho Editorial:
Adilson Luis Stankiewicz (URI / Erechim/RS) - Presidente
Arnaldo Nogaro (URI / Erechim/RS)
Cláudia Petry (UPF / Passo Fundo/RS)
Elcemina Lucia Balvedi Pagliosa (URI / Erechim/RS)
Elisabete Maria Zanin (URI /Erechim/RS)
Jadir Camargo Lemos (UFSM / Santa Maria/RS)
Maria Elaine Trevisan (UFSM / Santa Maria/RS)
Michèle Satto (IFMT / Cuiabá/MT)
Neila Tonin Agranionih (UFPR / Curitiba/PR)
Sérgio Bigolin (URI / Erechim/RS)
Yuri Tavares Rocha (USP / São Paulo/SP)

D598 Direito contemporâneo [recurso eletrônico]: discussões internacionais e multidisciplinares / organização Andrey Henrique Andreola ... [et al]. – Erechim, RS: EdiFAPES, 2020.
1 recurso eletrônico
ISBN 978-65-88528-05-1
Modo de acesso: http://www.uricer.edu.br/edifapes
Editora EdiFAPES (acesso em: 10 dez. 2020)

1.Direito penal 2. Direito ambiental 3. Direito civil 4. Direito
I. Andreolla, Andrey Henrique
C.D.U.: 34

Catalogação na fonte: Sandra Milbrath CRB 10/1278

EDIFAPES
Livraria e Editora
Av. 7 de Setembro, 1621
99.709-910 – Erechim-RS
Fone: (54) 3520-9000
www.uricer.edu.br

APRESENTAÇÃO

Chegamos a VIII Mostra Científica, que ocorreu de maneira virtual nesse ano de 2020, por meio de um esforço conjunto de muitas mãos e corações! Em meio a uma pandemia fez-se necessária a modificação de hábitos, desejos e caminhos, uma (re)significação sobre nós mesmos, uma (re)significação da maneira com que compartilhamos nossas pesquisas e projetos!

Mas a caminhada até aqui começou em 2013, com a I Mostra Científica do Curso de Direito. Lá atrás com a união de diversos Mestres iniciamos o compartilhamento das nossas pesquisas. Com muita perseverança, determinação, protagonismo e criatividade fortalecemos o sentimento de aprimoramento e desenvolvimento, contudo não apenas acadêmico e científico, mas também humano.

Essa (re)significação dos nossos papeis permitiu que a VIII Mostra Científica se realizasse na modalidade virtual, em razão de um ano desafiador! Em um ato de resistência e superação, reforçamos a importância do desenvolvimento humano e juntos/as geramos conhecimento técnico-científico de qualidade e relevância!

Fomos movidos/as, ainda, pela crença de que um encontro remoto não é um ato efêmero, mas sim, uma oportunidade de inclusão e de democratização do conhecimento. Na busca por fazer o Bem, seguindo a Teoria das Ideias de Platão, procuramos a Unidade, o Uno. Essa busca pautou-se nos preceitos basilares do Amor, da Ética e da Instrução. E não poderia ser diferente, pois hoje entendemos melhor o real significado de Mestre/Discípulo em contraponto ao conceito de Professor/Aluno.

Enquanto o professor ensina e estimula a vida Intelectual, o aluno, ao longo desse processo, incorpora o conhecimento, mas permanece a mesma pessoa. Já o Mestre aponta o caminho com sabedoria pautado nos princípios acima mencionados e o Discípulo, por sua vez, tentará aplicar em si mesmo o que lhe é ensinado. E, nessa perspectiva, temos os nossos Mestres e, ao tê-los, seguimos seus caminhos.

E foi essa (re)significação de caminhos que permitiu que, de maneira conjunta Mestres –– Coordenadores – Docentes – Discentes – Equipe Técnica – Equipe de Comunicação – concretizassem o XXVII Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, I Simpósio Internacional de Direito Contemporâneo e VIII Mostra Científica. Com a submissão de 53 trabalhos que foram avaliados por 15 avaliadores externos permitiu-se uma relevante troca de conhecimentos e saberes, uma notável produção democrática do conhecimento!

Todo este movimento em prol da ciência pode ser muito bem definido ao tomarmos uma das sábias falas de 'Riobaldo' em 'Grande Sertão: Veredas', uma das mais significativas obras da literatura brasileira escrita por João Guimarães Rosa e publicada em 1956:

> "O correr da vida embrulha tudo, a vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem. O que Deus quer é ver a gente aprendendo a ser capaz de ficar alegre a mais, no meio da alegria, e inda mais alegre ainda no meio da tristeza! Só assim de repente, na horinha em que se quer, de propósito – por coragem".

Por tudo isso, por todos/as nós, o ano de 2020 ficará eternamente gravado em nossa memória... o ano em que tivemos a coragem de nos (re)significar!

E a vida sempre continua!

Boa Leitura!!!

Professora Vera Maria Calegari Detoni
Coordenadora do Mostra Científica do Curso de Direito

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 4

1 A (im)possibilidade de recurso em absolvição por clemência no tribunal do júri 9
Cleiton Miguel Kwiatkowski
Andrey Henrique Andreolla

2 A Aplicação da teoria da coculpabilidade na jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul 21
Bruna Fátima Biesek
Wilgner Gabriel Albuquerque
Andrey Henrique Andreolla

3 A aplicação das constelações familiares como método de resolução de conflitos no direito de família 34
Giordana Marmentini de Oliveira
Mayra Cecília Manfron Spiller
Rafaela Mylena Zago
Simone Gasperin de Albuquerque

4 A culpabilidade em meio aos avanços da neurociência 46
Lucas Pieper Nich
Andrey Henrique Andreola

5 A dependência dos municípios da arrecadação advinda dos estados e da união 58
Filipe Mateus Nehring Pereira
Kelin Pagliarini Daniel
Evandro Dezordi

6 A Influência do movimento feminista no direito penal brasileiro 71
Letícia Bonella
Maiara Silva de Oliveira
Andrey Henrique Andreolla

7 A intersecção entre os objetivos sociais e liberais promovida pela implantação da renda básica universal 83
Tatiane Lange
Raquel Ribeiro
Gilmar Bianchi

8 A Lei N.º 11.101/2005 e o princípio da preservação da empresa 96
Alessandra Regina Biasus
Bethânia Pasa Delabeta

9 A perversidade do fenômeno da alienação parental: Uma abordagem a partir da mediação como método ecológico de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família 108
Maria Eduarda Granel Copetti
Gabrielle Scola Dutra

10 A violência tem cara, cor e classe social: o racismo ambiental como limitador ao acesso da população negra a uma efetiva cidadania 120
Isabela Luisa Preichardt
Alini Bueno dos Santos Taborda

11 Aposentadoria especial sob a nova ótica da reforma da previdência 131
Gabriel Henrique Matievicz
Luciano Alves dos Santos

12 As instituições totais e as políticas públicas educacionais 142
Rochana Basso
Daniel Pulcherio Fensterseifer

13 Cadeia de custódia: alterações com vistas à segurança da prova no Processo Penal Brasileiro 153
Daiane Perissinotto
Dalana Bortoloso
Diana Casarin Zanatta

14 Casamento e união estável: semelhanças e distinções 166
Letícia Bonella
Giana Lisa Zanardo Sartori

15 Considerações acerca dos danos morais frente ao código civil 176
Bruno Friedrich Rohleder
Alini Bueno dos Santos Taborda

16 Dano moral coletivo: um novo passo na tutela dos direitos individuais homogêneos e direitos coletivos *stricto sensu* 187
Paula Ongaratto Trentin
Gilmar Bianchi

17 Direito ambiental: constitucionalização e Estado de Direito Ambiental 196
Paula Ongaratto Trentin
Gilmar Bianchi

18 Do laço afetivo a dor do abandono: A responsabilidade civil do adotante decorrente do arrependimento na adoção 208
Alessandra Regina Biasus
Gislaine de Aguiar

19 Gênero, violência e formas de tratamento de conflitos: Limites e possibilidades da Justiça Restaurativa no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil 220
Lais Caroline Schröpfer
Gabrielle Scola Dutra
Charlise Paula Colet Gimenez

20 Lei e ordem como consequência da expansão da criminalidade e da cultura punitivista no Brasil 231
Gabriela Somenzi
Andrey Henrique Andreolla

21 Medidas socioeducativas aplicadas em sede de remissão pelo ministério público: análise da atribuição ministerial 245
Roberta De Conto

22 O Brasil e a centralização do poder: manutenção ou alteração de uma cultura política? 259
Leonardo Palú Jantara
Rafael Sottili Testa

23 O Sigilo das Informações entre Advogado e Cliente Frente ao Dever de Comunicação de Atividades Suspeitas Previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro 270
Laura Zanella
Andrey Henrique Andreolla

24 O *Stalking* e o ordenamento jurídico penal brasileiro: reflexões sobre conduta e a necessidade de incriminação específica 281
Eliane Horszczaruk
Diana Casarin Zanatta

25 O princípio do melhor interesse da criança aliado à adoção por casais homossexuais: um novo modelo familiar diante do direito 294
Carine Pertuzzatti
Simone Paula Vesoloski
Alessandra Regina Biasus

26 Os principais reflexos jurídicos da nova lei de licitações proposta pelo PL 1292/95 304
Natali Rodrigues da Rosa
Evandro Luís Dezordi

27 O sonho de um homem ridículo: Uma análise jurídica/ social do conto de Fiódor Dostoiévski a partir do pensamento de Emmanuel Levinas e Luis Alberto Warat 316
Caroline Isabela Capelesso Ceni
Thaís Maciel de Oliveira

28 Preconceito, racismo e discriminação: (in)visibilidade e reflexos no contexto social da sociedade contemporânea 328
Simone Paula Vesoloski
Carine Pertuzzatti
Simone Gasperin *de* Albuquerque

29 Reconhecimento do vínculo empregatício para entregadores de aplicativo: uma análise da decisão nº 1000963-33.2019.5.02.0005 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região 340
Nicole Vicenzi Beutler
Caroline Ceni

30 Recuperação judicial: aspectos históricos, legais e sua aplicabilidade no cenário pandêmico provocado pela Covid-19 351
Gilmar Bianchi
Laura Dill

31 Testamento vital: Efetivando a autonomia de vontade e o direito à morte digna 361
Daiane Perissinotto
Dalana Bortoloso
Giana Lisa Zanardo Sartori

32 Uma abordagem jurídica acerca do fenômeno das *fake news* no contexto da pandemia da covid-19 (novo coronavírus) 372
Júlia Farina
Luciano Alves dos Santos

33 Violência doméstica e familiar contra a mulher em época de isolamento social causado pelo Covid 19 384
Alana Mathilde Tomielos
Andrey Henrique Andreolla

1
A (im)possibilidade de recurso em absolvição por clemência no tribunal do júri

Cleiton Miguel Kwiatkowski[1]
Andrey Henrique Andreolla [2]

RESUMO: O presente artigo visa abordar a problemática da apelação no tribunal do júri quando os jurados optarem por absolver o réu, reconhecendo o imputado como autor do crime doloso contra vida. Analisou-se a origem e os princípios do tribunal do júri, a fim de situar a função e a finalidade do instituto no Brasil, analisando ainda, quais as possibilidades recursais legalmente previstas em nossa legislação aplicável ao tribunal do júri. Por fim, foram apresentados argumentos contrários e favoráveis a possibilidade de apelação, concluindo-se que na atual sistemática não se admite a apelação por parte do Ministério Público na hipótese de absolvição do acusado por clemência. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos, leis e a Constituição Federal.

Palavras-chave: Tribunal do Júri. Recursos. Soberania dos Veredictos. Absolvição por Clemência.

---

[1] Graduando em Direito, 9º semestre, URI Campus de Erechim, cleiton_k_@hotmail.com.
[2] Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado.

INTRODUÇÃO

Na atual sistemática do procedimento do Tribunal do Júri, admite-se a modificação da decisão dos jurados somente em caso de prova manifestamente contraria aos autos, avalizando assim, as decisões do conselho de sentença e não se admitindo que um tribunal composto por juízes reforme a decisão que emanou dos cidadãos.

A problemática existente é quanto à possibilidade do manejo do recurso de apelação, no caso de os jurados absolverem por clemência, ou seja, quando reconhecem que há materialidade do delito e que o acusado foi efetivamente o autor, mas optam por absolve-lo, fazendo uso da faculdade que lhes confere a lei de votar conforme sua íntima convicção.

A partir dessa discussão, surgem argumentos que defendem esse recurso, sob o fundamento de que todas as decisões devem ser revistas e que nem sempre o jurado estava correto em sua decisão. Noutro giro, há argumentação que entende ser incabível, ao passo que absolver o réu que tenha sido reconhecidamente considerado autor do crime doloso contra a vida, faz parte do próprio fundamento do instituto e não pode ser objeto de questionamentos e inconformismo por parte do Ministério Público.

Se objetiva no trabalho, analisar os princípios do tribunal do júri e por onde devemos nos nortear, apresentando as visões que são favoráveis e contrarias e qual a solução para essa dúvida.

Para tanto, utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica e documental, através de consulta em livros, jurisprudência e legislação; do método de abordagem indutivo e do método de procedimento analítico-descritivo.

1. TRIBUNAL DO JÚRI: ORIGEM E PRINCIPIOS

O tribunal do júri é reconhecido constitucionalmente como instituição permanente e trata-se de direito fundamental com previsão no art. 5° da Constituição Federal:

> XXXVIII - é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> a) a plenitude de defesa;
> b) o sigilo das votações;
> c) a soberania dos veredictos;
> d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

O Código de Processo Penal disciplina entre os artigos 406 e 497 a sistemática do procedimento.

Marcado por grandes embates entre acusação e defesa, o tribunal do júri tem uma matriz de debates orais, e desperta atenção do povo devido a seu clamor e destaque na mídia. Devido às suas peculiaridades, possui um procedimento bastante diverso de outros ramos do direito, que devem sempre ser observados.

No Brasil, se fala sempre em competência para julgamento de crimes contra a vida, são eles: homicídio, infanticídio, aborto, instigação/auxílio ao suicídio e eventuais crimes conexos a estes, podendo ser no âmbito estadual ou federal, sem possibilidades de redução de qualquer das cláusulas expressamente previstas na Constituição Federal, somente a ampliação da competência.

Ao tratar da origem, é necessário cuidado, devido à algumas dificuldades históricas. Para tanto, recorre-se aos ensinamentos de Rangel, que assim destaca:

> O tribunal popular, diferente do que muitos pensam, não nasce, propriamente dito, na Inglaterra, pois já existiam, no mundo, outros tribunais com as suas características. Alguns buscam sua origem nos *heliastas gregos*, nas *quaestiones perpetuae* romanas, no tribunal de *assises* de Luís, o Gordo, na França (ano de 1137). Porém, não há nenhuma hereditariedade histórica do júri a essas organizações (RANGEL, 2019, p.38).

Certamente há dificuldade em se buscar na história, com exatidão, qual foi o período em que pessoas do povo julgaram seus pares em um tribunal, mesmo que ainda de forma arcaica. Vários foram os períodos em que cidadãos representando o Estado e se valendo da força estatal julgaram outras pessoas, sem que ostentassem profissão de juiz. Isso se deve ao fato de que em tempos mais remotos era difícil a diferenciação entre Estado e povo e pouco havia de evolução em matéria de justiça, muitas vezes entregue aos particulares pela lei do mais forte. Quem bem ilustra é Giacomoli (2016, p.466), informando que "o próprio lesado ou os terceiros (tribo, estirpe, v. g.) exerciam a 'justiça', a qual se dirigia contra a pessoa do autor da ofensa ou da lesão (suplício, morte, v. g.) ou contra seus bens (oferendas de animais aos deuses, v. g.)".

Para fins didáticos e práticos, a posição que mais se adequa aos moldes da criação e da finalidade do tribunal do júri é que seu surgimento ocorreu na Inglaterra em torno do ano de 1166:

> No entanto, John Gilissen assevera com acerto que a origem do júri remonta à mesma época do *Common Law*, segunda metade do século XII, não obstante procurarem suas origens na prática do inquérito carolíngio e no direito dos primeiros reis anglo-normandos, o júri em matéria judiciária aparece com Henrique II, em 1166 (RANGEL, 2019, p.38).

Tão importante é saber sua origem, já que a partir dela se descobrirá qual o fundamento da instituição na Constituição brasileira e, com isso, sua importância na sociedade. Segundo Rangel (2019) não há dúvida do caráter democrático da instituição do Tribunal do Júri que nasce, exatamente, das decisões emanadas do povo, retirando das mãos dos magistrados comprometidos com o déspota o poder de decisão.

Esse é o grande fundamento do tribunal do júri, retirar das mãos do Estado uma parte dos julgamentos e deixar para a sociedade a decisão, objetivando um julgamento justo e concernente com o que busca a sociedade. De forma brilhante, Brasileiro descreve a importância do tribunal do júri na Constituição e sua função na sociedade:

> Na verdade, a justificativa para a colocação do Júri no art. 5º da Constituição Federal guarda relação com a ideia de funcionar o Tribunal Leigo como uma garantia de defesa do cidadão contra as arbitrariedades dos representantes do poder, ao permitir a ele ser julgado por seus pares. Além disso, não se pode perder de vista o cunho democrático inerente ao Júri, que funciona como importante instrumento de participação direta do povo na administração da Justiça. Afinal, se o cidadão participa do Poder Legislativo e do Poder Executivo, escolhendo seus representantes, a Constituição também haveria de assegurar mecanismo de participação popular junto ao Poder Judiciário (BRASILEIRO, p. 1440, 2020).

Tal conceituação é fundamental para se compreender qual a função do júri e por quais princípios ele se rege, a fim de enfrentarmos problemáticas que muitas vezes não

se aplicam a outros ramos do direito, dada suas peculiaridades e necessidade de manutenção dessas bases com respeito a seus princípios institucionais. Três são os grandes princípios do tribunal do júri, como será visto a seguir.

2.1 Plenitude de defesa

Em qualquer processo penal, existe o princípio da ampla defesa, faculdade do réu e de sua defesa técnica de usar na defesa qualquer meio disponível e que possa servir para esclarecer a versão apresentada dos fatos, já no tribunal do júri, há a plenitude de defesa, mais ampla, assim define Brasileiro:

> A nosso juízo, porém, a plenitude de defesa implica no exercício da defesa em um grau ainda maior do que a ampla defesa, compreendendo dois aspectos distintos: Nesse contexto: a) plenitude da defesa técnica: o advogado de defesa não precisa se restringir a uma atuação exclusivamente técnica, ou seja, é perfeitamente possível que o defensor também utilize argumentação extrajurídica, valendo-se de razões de ordem social, emocional, de política criminal, etc. Incumbe ao juiz-presidente fiscalizar a plenitude dessa defesa técnica, já que, por força do art. 497, V, do CPP, é possível que o acusado seja considerado indefeso, com a consequente dissolução do Conselho de Sentença e a designação de nova data para o julgamento; b) plenitude da autodefesa: ao acusado é assegurado o direito de apresentar sua tese pessoal por ocasião do interrogatório, a qual também não precisa ser exclusivamente técnica, oportunidade em que poderá relatar aos jurados a versão que entender ser a mais conveniente a seus interesses. Daí o motivo pelo qual o juiz-presidente é obrigado a incluir na quesitação a tese pessoal apresentada pelo acusado, mesmo que haja divergência entre sua versão e aquela apresentada pelo defensor, sob pena de nulidade absoluta por violação à garantia constitucional da plenitude de defesa (BRASILEIRO, p.1441, 2020).

Tal princípio é extremamente importante para a defesa em plenário e deve ser sempre observado, mesmo havendo teses conflitantes ou atuação com enfoque em teses não integralmente técnicas, objetivando a concretização desse direito fundamental.

2.2 Sigilo das votações

Outro princípio de enorme relevância e que por vezes é responsável pela anulação de muitos júris é o do sigilo das votações, o postulado prevê que cada jurado forme seu convencimento sem contato com os demais, vedando também qualquer comunicação, inclusive póstuma, sobre o julgamento. De forma direta, Paccelli trata do princípio:

> No Brasil, os jurados integrantes do Conselho de Sentença deverão responder aos quesitos a eles apresentados, de cuja resposta o Juiz-Presidente (juiz togado) explicitará o conteúdo da decisão e formará o convencimento judicial final. Se condenatória a decisão, passará à aplicação da pena cabível. O sigilo das votações impõe o dever de silêncio (a regra da incomunicabilidade) entre os jurados, de modo a impedir que qualquer um deles possa influir no ânimo e no espírito dos demais, para fins da formação do convencimento acerca das questões de fato e de direito em julgamento. Dessa maneira, aos olhos da lei, estaria melhor preservada a pluralidade da decisão (PACELLI, p. 732, 2019).

Pouca discussão doutrinária e jurisprudencial há sobre o princípio, já que qualquer simples violação gera a anulação do julgamento.

2.3 Soberania dos veredictos

Certamente o princípio mais importante do júri, pois ele é o fundamento do júri, torna a decisão do conselho de sentença soberana, quase imutável, já que o tribunal do júri só existe e se sustenta como órgão do judiciário para que que a sociedade julgue seus pares, não fazendo sentido que suas decisões sejam reformadas por um juiz togado, mas como qualquer princípio, ele não é absoluto e deve sofrer suas limitações dentro da razoabilidade.

É necessária prudência ao elevar o princípio a um patamar muito alto, pois muitas vezes ele é utilizado para autorizar atrocidades que não estão em harmonia com outros direitos fundamentais. Nesse sentido, alerta Lopes Jr.:

> Os jurados podem então decidir completamente fora da prova dos autos sem que nada possa ser feito. Possuem o poder de tornar o quadrado, redondo, com plena tolerância dos Tribunais e do senso comum teórico, que se limitam a argumentar, fragilmente, com a tal "supremacia do júri", como se essa fosse uma "verdade absoluta", inquestionável e insuperável (LOPES JR., p. 1347, 2020).

Exemplo da periculosidade de aceitação irrestrita da soberania dos veredictos é a nova redação do art. 492, inciso I, alínea "e" do Código de Processo Penal que estabelece a prisão automática no tribunal do júri nos seguintes casos:

> Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que:
> e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos;

Dispositivo flagrantemente inconstitucional que não encontra amparo na jurisprudência do Pretório Excelso e deve ser retirado do ordenamento jurídico muito em breve, bastando um julgamento que coloque em xeque sua harmonia com o texto constitucional. Nesse sentido, aponta Madeira:

> Essa segunda posição se baseia na ideia de que se trata de medida inconstitucional por violar o duplo grau de jurisdição e por determinar a prisão automática antes do trânsito em julgado. Ora, prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser admitida quando for cautelar e, desta forma, não seria possível a prisão automática. Some-se a isso tudo outro argumento: um dos fundamentos para essa execução automática está na soberania dos veredictos. Soberania dos veredictos consiste na imutabilidade dos efeitos da decisão do Tribunal do Júri. Não tem relação com o cumprimento automático da sentença. Além disso, só existe soberania dos veredictos defensável para crime com pena maior ou igual a 15 anos? Para penas abaixo desse montante não há soberania dos veredictos? Não há sentido nessa distinção feita pelo legislador quanto à soberania dos veredictos ter maior incidência nos casos envolvendo determinado montante de pena. Por conta de todos esses argumentos, entendo que é inconstitucional lesse dispositivo Prisão antes do trânsito em julgado somente pode ser cautelar daí por que não se admite prisão automática e esse dispositivo, a meu ver, é inconstitucional (MADEIRA, p. 142, 2020).

A compreensão dos princípios constitucionais que regem o tribunal do júri é de importância vital, já que a partir das delimitações da Constituição é que podemos discutir se as regras estabelecidas no Código de Processo Penal estão em harmonia com o texto, a exemplo dos escritos supramencionados.

3. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DA DECISÃO DO CONSELHO DE SENTENÇA

Antes de mais nada, importante ressaltar que na composição do júri brasileiro, são vinte e cinco jurados e um juiz togado. Dos vinte e cinto, serão sorteados sete para integrarem o conselho de sentença juntamente com o juiz togado, conforme prevê o art. 447 do CPP: O Tribunal do Júri é composto por 1 (um) juiz togado, seu presidente e por 25 (vinte e cinco) jurados que serão sorteados dentre os alistados, 7 (sete) dos quais constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento (BRASIL, 2020).

Dada a soberania dos veredictos, notamos que o conselho de sentença tem decisão quase imutável, ao passo que se admite somente a possibilidade de recurso quando a decisão for manifestamente contrária à prova dos autos. Assim disciplina o Código de Processo Penal: Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos (BRASIL, 2020).

A grande problemática que surge na hipótese é a possibilidade de recurso da decisão dos jurados, sendo a regra somente possível quando tratar-se de ordem técnica, não entregue ao julgamento do conselho de sentença. É o caso das agravantes e minorantes aplicadas na sentença, consideradas pelo juiz togado. Brasileiro traz de forma clara as hipóteses de recurso:

> É necessário que se distinga, então, na sentença subjetivamente complexa do júri, qual matéria é de competência dos jurados – e, por conseguinte, acobertada pela soberania dos veredictos – e qual matéria é de competência do juiz presidente – desprovida, pois do atributo da soberania. Aos jurados compete decidir sobre a existência do crime e autoria delitiva, bem como em relação à presença de qualificadoras, causas de aumento e de diminuição de pena. Portanto, somente com relação à decisão de tais questões é que se pode falar em soberania dos veredictos. Lado outro, como a fixação da pena é matéria afeta à competência do juiz presidente, e não aos jurados, não há falar em impossibilidade de reforma da decisão (BRASILEIRO, p. 1445, 2020).

O recurso de apelação é cabível ao Ministério Público, quando na hipótese, os jurados tenham decidido de forma contraria à prova dos autos, a exemplo, imagina-se que haja fotos da vítima do homicídio, laudo pericial e certidão de óbito juntados aos autos e mesmo assim os jurados quando questionados sobre a materialidade do crime, votem negativamente. Ora, se pretendem os jurados absolver o acusado, devem fazê-lo quando questionados se absolvem o réu no terceiro quesito, confirmando a materialidade no primeiro quesito. Portanto, na hipótese há decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

No entanto, há doutrina argumentando que o recurso no júri deve ser exclusivo do acusado, não sendo cabível qualquer manejo recursal por parte do Ministério Público. Nesse sentido, argumenta Lopes Jr.:

> Uma primeira análise acerca da titularidade da garantia do duplo grau de jurisdição é possível a partir da simples leitura dos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário sem reservas (Decretos n.º

> 678/92 e 592/92) e que demonstram ser direito de "toda pessoa" recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (Art. 8º, 2., "h" do Pacto de San José da Costa Rica), bem como que "toda pessoa declarada culpada" por um delito terá o direito de recorrer da sentença condenatória para uma instância superior (Art. 14.5 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos). Notadamente, a "*pessoa*" ou a "*pessoa declarada culpada*" a que se referem os Tratados Internacionais é o indivíduo acusado e não o acusador, e isso decorre da simples interpretação de que o Ministério Público sequer é pessoa e o acusador privado não é pessoa declarada culpada. Portanto, em primeiro lugar, a limitação do duplo grau de jurisdição ao Ministério Público pode ser defendida com fundamento na legalidade, pois, como visto, a literalidade dos tratados não comporta o recurso acusatório (LOPES JR., np., 2018).

Em que pese a respeitada posição do ilustre professor, não está se defendendo no presente trabalho a ausência total de recursos por parte da acusação. A apelação no tribunal do júri está devidamente autorizada pelo Código de Processo Penal e visa justamente a revisão de algum júri onde os jurados tenham se equivocado no momento da decisão.

A grande problemática é entender se a partir da decisão dos jurados pelo 3º quesito (o júri absolve o acusado?), poderia o Ministério Público sustentar que a decisão dos jurados foi contrária à prova dos autos, já que a situação que se desenha é autoria e materialidade comprovadas e reconhecidas pelo conselho de sentença.

Ao tratar sobre o tema, uma posição que chama a atenção e consegue conjugar os preceitos Constitucionais do Júri é a de Mendes, citado por Rosa:

> O caráter da garantia das soberania dos veredictos, cuja funcionalidade é a proteção do acusado de crimes dolosos garantindo um julgamento humano realizado por seus pares, e a intima convicção dos jurados somada ao sigilo das votações também revestido de garantia constitucional e que lhes permite absolverem o réu por razões de índole subjetiva e cujo conteúdo não será revelado, impedem a reforma da decisão por um tribunal limitando, neste caso, o acesso ao duplo grua de jurisdição pela acusação. (MENDES *apud* ROSA, p. 867, 2020).

Essa posição parece a mais correta, conjugando justamente os princípios do júri com a leitura do art. 593, "d" do CPP, não funcionando como limitador do Ministério Público na persecução penal, mas como garantidor da observância do direito do réu de ser julgado por um tribunal popular que tenha suas decisões respeitas. Não se nega, por óbvio a possibilidade de recurso por parte do Ministério Público, como na forma acima exposta, mas limita-se a determinadas situações, a fim de que não fira de morte o tribunal popular.

4. CLEMENCIA X PROVA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA AOS AUTOS: INCOERÊNCIA LÓGICA

O jurado tem a função lógica de decidir e votar conforme sua intima convicção e resguardada a incomunicabilidade. Em resumo, se condena, desclassifica ou absolve, mas é um pouco mais do que isso. Veja-se, por exemplo, que o art. 482 do CPP preleciona que o "Conselho de Sentença será questionado sobre matéria de fato e se o acusado deve ser absolvido" (BRASIL, 2020).

Feitos os debates orais, que não importa em aprofundamento ao presente trabalho, passarão os jurados a votar conforme forem questionados pelo juiz presidente. A seguinte ordem de quesitos está esculpida no art. 483 do CPP:

> I – a materialidade do fato;
> II – a autoria ou participação;
> III – se o acusado deve ser absolvido;
> IV – se existe causa de diminuição de pena alegada pela defesa;
> V – se existe circunstância qualificadora ou causa de aumento de pena reconhecidas na pronúncia ou em decisões posteriores que julgaram admissível a acusação.
> § 1º A resposta negativa, de mais de 3 (três) jurados, a qualquer dos quesitos referidos nos incisos I e II do caput deste artigo encerra a votação e implica a absolvição do acusado.
> § 2º Respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação:
> O jurado absolve o acusado?

Nota-se que o § 2º do art. 483 diz que os jurados devem ser questionados ao final se absolvem o acusado. Trata-se de quesito obrigatório, assim leciona Brasileiro:

> A nosso ver, a redação do art. 483, § 2º, do CPP, não deixa dúvidas quanto à obrigatória inserção do quesito pertinente à absolvição do acusado: "respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do caput deste artigo, será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?" Cuida-se, portanto, de quesito obrigatório, a ser apresentado aos jurados independentemente do fato das teses apresentadas pela defesa já terem sido objeto de possível apreciação pelos jurados por ocasião da votação dos dois primeiros quesitos. Sua ausência deve ser tratada como causa de nulidade absoluta do julgamento, mesmo que a tese defensiva tenha repercussão diversa da absolvição, atraindo, assim, a incidência da Súmula nº 156 do STF (BRASILEIRO, p. 1524, 2020).

Ainda que o acusado seja considerado como autor do crime, tem competência o conselho de sentença para absolve-lo. Pode-se citar como exemplo um caso ocorrido em 2012 em São Paulo/SP:

> A 3ª Vara do Júri de São Paulo absolveu, nesta quinta-feira (10/8), três acusados de matar um vizinho suspeito de estuprar uma menina de 13 anos na zona sul da capital paulista, em 2012. Os jurados entenderam que não havia provas contra o pai e o cunhado da garota. Já o tio, denunciado por ter atirado no homem, alegou que agiu motivado por sentimento de dor, e não de vingança, conseguindo placar favorável de 4 a 3 (CONJUR, 2012).

Simples assim, tal situação é de certa forma comum e tem amparo legal. O questionamento que surge é se tendo o conselho de sentença decidido que não o condenaria, como no caso supra, poderia o Ministério Público recorrer dessa decisão.

Conforme já apresentado no presente trabalho, eventual recurso da acusação ou defesa não tem condão de modificar o que decidiu o conselho de sentença em sua atuação natural, podendo somente anular o júri e devolver ao tribunal popular a decisão. Nesse sentido, há quem argumente que a decisão que absolve por clemência, ainda que presente autoria e materialidade é recorrível pelo Ministério Público. Assim defende Sanches Cunha:

> Contraria os mais básicos preceitos de justiça atar as mãos do Ministério Público e conferir um poder ilimitado para que os jurados julguem de forma absolutamente alheia aos elementos probatórios sob o equivocado pretexto de garantir a soberania dos vereditos. A soberania já é plenamente garantida na medida em que: 1) nenhum recurso substitui o mérito da decisão dos jurados; 2) o recurso de apelação com fundamento na contrariedade entre a prova dos

> autos e a decisão dos jurados só pode ser interposto uma vez (art. 593, § 3º, do CPP), o que evita a manifestação de inconformismo desenfreado pelo órgão de acusação.
> É preciso ter sempre em mente que o propósito do julgamento é a obtenção da resposta estatal à prática do mais grave dos crimes, e que isso deve ser feito cotejando as garantias constitucionais inerentes ao tribunal do júri com a plenitude da tutela do direito à vida. Não é razoável garantir de forma absoluta e acima de qualquer questionamento apenas um dos aspectos relativos à posição dos jurados e, ao mesmo tempo, renegar o mais importante, que é a proteção a nosso bem jurídico mais caro, cuja relevância, aliás, já se destaca no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, que inaugura o rol dos direitos e garantias fundamentais (CUNHA, np. 2019).

Tal posição se firma em um preceito já levantado neste trabalho, que não pode a soberania dos veredictos ter abrangência ilimitada. Ocorre que não se observa na teoria do ilustre professor outro princípio basilar do júri brasileiro, o sigilo das votações e a possibilidade de os jurados decidirem por sua intimação convicção. Ora, se pretendem os jurados absolver qualquer que seja o acusado e o fazem em um critério abstrato de clemência, está aí esculpido o fundamento do júri, que é o julgamento a partir do que a sociedade considera correto naquele caso. Não está se limitado a possibilidade recursal por parte do *Parquet*, que continua possível quando os jurados decidirem de forma manifestamente contraria aos autos, na forma do art. 593, "d", do CPP.

Em pensamento antagônico, Lopes Jr. argumenta não ser possível a apelação nesses casos, dando especial relevância para a soberania dos veredictos e resguardando a intima convicção dos jurados:

> Já que está autorizado que o jurado absolva por qualquer motivo, por suas próprias razões, mesmo que elas não encontrem amparo na prova objetivamente produzida nos autos, será que ainda cabe esse recurso? A resposta sempre nos pareceu negativa, não cabendo mais esse recurso por parte do Ministério Público quando a absolvição for com base no quesito genérico, até porque a resposta não precisa refletir e encontrar respaldo na prova, ao contrário dos dois primeiros (materialidade e autoria), que seguem exigindo ancoragem probatória pela própria determinação com que são formulados. O réu pode ser legitimamente absolvido por qualquer motivo, inclusive metajurídico, como é a "clemência" e aqueles de caráter humanitário (LOPES JR., np., 2017).

Essa posição parece mais correta, ao passo que conjuga de melhor forma a função do júri na sociedade e sua consonância com os princípios constitucionais aplicados a instituição. Sem dúvidas as palavras de Nardelli explicam de forma brilhante e esclarecedora essa linha de raciocínio:

> No entanto, a fim de que o juízo popular cumpra verdadeiramente seu papel histórico de garantia do cidadão contra eventuais arbítrios do Estado, deve ter a seu dispor a prerrogativa de atenuar a severidade e insensibilidade da administração profissional da justiça, proporcionando, se assim entender cabível, alguma clemência ao acusado cuja conduta se veja justificável na ótica da sociedade. Este papel garante que a comunidade possa sempre respirar seus próprios valores e visão sobre a aplicação da justiça (NARDELLI, np., 2020).

Uma problemática que é relatada por alguns estudiosos e nos parece bem fundamentada é o de que a quesitação genérica pode levar os jurados a erro e consequentemente a decisão não ser exprimida da forma que buscavam os jurados, já

que estamos falando de leigos. Em que pese suas decisões estejam em sua intima convicção. Assim argumenta Sanches Cunha:

> Os termos em que o quesito é formulado induzem o voto pela absolvição, não só porque indaga se o jurado absolve o acusado, direcionando a resposta, como porque inverte os termos até então aplicados à quesitação: sobre materialidade e autoria, os jurados votaram "sim"; em seguida, para que mantenham a mesma orientação, devem votar "não", ou seja, devem afirmar que, para condenar, não absolvem. Vê-se, portanto, que a forma de elaboração do quesito no mínimo conduz ao equívoco. E colabora para isso o fato de a indagação ser genérica, sem especificar as teses a que a defesa tenha recorrido durante os debates no plenário. Imagine o leitor a cena de um julgamento: o Ministério Público faz sua explanação; a defesa expõe suas teses; na réplica, o órgão da acusação contradita tais teses, em seguida reiteradas na tréplica. Após algumas horas submetidos a densa argumentação jurídica, os jurados são indagados simplesmente se absolvem o acusado e têm de recordar todos os argumentos lançados, sem nenhuma referência. É, efetivamente, o caminho certo para a inexatidão, que somente pode se reverter com a interposição de recurso que aponte a contradição entre a decisão e a prova produzida e que resulte na realização de novo julgamento (CUNHA, np., 2019).

Tal problemática é bem levantada e nem sempre o jurado que absolver o acusado pelo terceiro quesito estará de fato votando como gostaria de votar, já que o quesito abrange todas as teses de defesa, sejam técnicas ou metajúridicas, nos parecendo que poderia o texto legal ser melhorado, a fim de comportar essas problemáticas já observadas por parte da doutrina.

Em que pese o Tribunal do Júri ainda ter várias problemáticas, é necessário considerar a apelação por parte do Ministério Público como limitada, já que não se pode confundir uma efetiva decisão manifestamente contraria à prova dos autos, conforme exemplo já trazido ao trabalho, com a clemência do júri em votar conforme sua convicção, conferindo, assim, especial relevância à soberania dos veredictos e a principiologia do tribunal do júri.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo, de forma sintética, situar o fundamento para apelação no Tribunal do Júri por parte do Ministério Público quando os jurados reconhecerem o acusado como autor do crime doloso contra a vida e ainda sim optarem por absolve-lo.

Observa-se que só se admite o recurso quando a decisão for manifestamente contrária aos autos, não havendo previsão legal em nosso código para recorrer da decisão que reconheceu a autoria e materialidade, mas por opção, tenham os jurados decidido por não condenar o acusado. É princípio do júri a soberania dos veredictos e autorizar um recurso sem base legal e contra a decisão que absolve por clemência é ir contra todo o fundamento de existência do tribunal do júri.

Ainda que o sistema do júri não seja imune a críticas, é assunto caro e necessário a se debater acerca de seu procedimento, para, a partir da identificação de problemas, buscar na via legislativa a solução. Por ora, tem-se como importante a pesquisa acadêmica a fim de apontar as problemáticas já existentes para que esse assunto evolua para uma discussão e posteriormente adequação do texto legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL.2020. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. 2020. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília: Senado Federal, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GIACOMOLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal** - abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/cfi/6/10!/4/14@0:67.6. Acesso em: 16 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES, Jr., Aury. **Direito Processual Penal.** 17. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

LOPES, JR., Aury. **Tribunal do Júri**: a problemática apelação do artigo 593, III, 'd' do CPP. Conjur. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-18/limite-penal-tribunal-juri-problematica-apelacao-artigo593-iii-cpp. Acesso em: 19 ago. 2020.

LUCHETE, Felipe. **Movido pela dor, homem que matou suspeito de estuprar a sobrinha é absolvido**. Conjur. 2012. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-11/movido-dor-homem-matou-estuprador-sobrinha-absolvido> Acesso em: 21 ago. 2020.

NARDELLI, Marcella Mascarenhas. **O sistema Brasileiro de Júri Admite a Absolvição por Clemência?**. Conjur. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-12/limite-penal-sistema-brasileiro-juri-admite-absolvicao-clemencia Acesso em: 19 ago. 2020

PACELLI, Eugenio. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020137/cfi/6/10!/4/18@0:15.2. Acesso em: 21 ago. 2020.

RANGEL, Paulo. **Tribunal do Júri:** visão linguística, histórica, social e jurídica. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016598/cfi/6/10!/4/16@0:89.1. Acesso em: 20 ago. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 6.ed. Florianópolis. Emais, 2020.

SANCHES CUNHA, Rogério. **STF**: Ministério Público não pode apelar contra decisão do júri baseada no quesito genérico da absolvição. Meu Site Jurídico. 2019. Disponível em: < https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/08/08/stf-ministerio-publico-nao-pode-apelar-contra-decisao-juri-baseada-no-quesito-generico-da-absolvicao/. Acesso em 16 ago.2020.

2
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Bruna Fátima Biesek[1]
Wilgner Gabriel Albuquerque[2]
Andrey Henrique Andreolla[3]

RESUMO: A Teoria da Coculpabilidade proposta pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, a qual relata que o Estado é corresponsável por determinado crime cometido, tem sido bastante discutida atualmente no âmbito jurídico. No Brasil a coculpabilidade não está positiva e tem pouco reconhecimento por parte dos magistrados, algumas hipóteses sobre a concretização desse princípio debatidas pela doutrina são: a coculpabilidade como circunstância judicial; a coculpabilidade como atenuante genérica; a coculpabilidade como causa de diminuição da pena e, a coculpabilidade como causa supralegal de exculpação. O objetivo geral desse artigo é a de entender a aplicação da teoria da coculpabilidade na jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul. A metodologia usada para atingir os objetivos propostos se deu por meio do método indutivo, assim como o material utilizado para a pesquisa bibliográfica teve foco nas doutrinas, estudos comparados e análises jurisprudenciais. Os resultados aqui obtidos foram de que há muitos trâmites sobre a coculpabilidade no Brasil, que barra a sua aplicação, embora a pena deva ser individualizada, percebe-se que há uma homogeneidade nos tribunais brasileiros. Concluímos que o Rio Grande do Sul não tem aplicado a Teoria da Coculpabilidade como forma de diminuir ou personificar a

[1] Acadêmica do quarto semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim/RS. (brunabiesek23@gmail.com)
[2] Acadêmico do quarto semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim/RS. (contato.Wilgner.Albuquerque@gmail.com)
[3] Mestre em Ciências Criminais, professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim/RS. (andreyandreolla@uricer.edu.br)

pena, embora os magistrados a reconheçam.

Palavras-chave: Condição socioeconômica. Desigualdade social. Individualização da pena. Omissão do Estado. Responsabilidade estatal.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende discorrer acerca da Teoria da Coculpabilidade, a qual preceitua sobre a corresponsabilidade do Estado no cometimento de delitos, ou seja, a participação indireta da entidade governamental no favorecimento de atos que violem o Código Penal. Antes de um crime pertencer à esfera jurídica, deve-se compreender que se trata de um fato social, que de acordo com sociólogo francês Émile Durkheim é caracterizado por ser geral, coercitivo e exterior. Desse modo, o comportamento humano é guiado por uma força, que se estende a todos de determinada sociedade e que transcende o indivíduo, tornando-se algo difícil de ser modificado por uma ação individual ou particular.

A inspiração para a concretização dessa pesquisa é a impressão de omissão que o Estado proporciona em relação ao cumprimento das suas obrigações fundamentais, o que preceitua a Constituição Federal no art. 5º e os tratados e convenções internacionais que abrangem os direitos e garantias fundamentais do ser humano. Essa sensação de ineficácia é impulsionada pela desigualdade social, o que faz com que cada indivíduo aja de acordo com a realidade a qual se está inserido.

Dando sequência, o objetivo geral estipulado nesta pesquisa é de entender a aplicação da teoria da coculpabilidade na jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul. Por sua vez, os objetivos específico são: o de saber se a teoria da coculpabilidade já favoreceu o réu em alguma decisão judicial no território gaúcho, o de compreender se é possível a positivação da teoria da coculpabilidade e, por fim, o de obter uma visão histórica sobre a Teoria da Coculpabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, a metodologia usada para atingir os objetivos propostos se deu por meio do método indutivo, assim como o material utilizado para a pesquisa bibliográfica teve foco nas doutrinas, estudos comparados e análises jurisprudenciais. As etapas deste artigo foram divididas em três tópicos principais, são eles: conceituação e contexto histórico, revisão bibliográfica, doutrinária e legislativa e, por fim, análise de jurisprudências.

1 CONCEITUAÇÃO DA TEORIA DA COCULPABILIDADE

Pode-se conceituar a Teoria da Coculpabilidade a partir da ideia de divisão de responsabilidades entre o Estado e o delinquente, que por determinados motivos foi excluído da sociedade, sofrendo menosprezos no acesso aos seus direitos fundamentais. Assim, *esse* Estado se torna responsável pelo ocorrido, já que cabe a ele promover equidade quanto a oportunidades fornecidas aos cidadãos.

A partir do que foi dito no parágrafo anterior, a coculpabilidade surge como o reconhecimento do Estado pela sua parcela de culpa e falha na reinserção social de parcela da sociedade. Dessa forma, o Estado deverá arcar indiretamente com o delito cometido juntamente com aquele que fora prejudicado, já que teria omitido um direito fundamental que consta como sua obrigação constitucional de solidariedade de uns para os outros. Nas palavras de Moura:

> O princípio da co-culpabilidade é um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados

> delitos, praticados por cidadãos que possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto, principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando consequências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal (MOURA, p. 41, 2006).

Ainda de acordo com Moura (2006, p.38), não deve-se "transformar o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos", ou seja, não pode recair ao Estado uma infração penal por assumir uma parcela de culpa do ocorrido, afinal, ele é o detentor do dever de punir e não é capaz, em teoria, de aplicar a pena para si. Embora Moura faça essa análise acerca do *jus puniend*, há controversas quando se observa a coculpabilidade. Andrade (2003, p.51) afirma que a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização se conduzem pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu 'status' social e não pela incriminação igualitária de condutas objetivas e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a teoria da dogmática penal. Isso vem de encontro com o pensamento de Cirino dos Santos, que faz os seguintes apontamentos:

> Pode ser admitida a coculpabilidade da sociedade organizada como uma valoração acerca da responsabilidade de indivíduos inferiorizados por condições sociais adversas com o intuito de compensar a falha estatal na prestação igualitária dos direitos sociais que ocorreu em relação a estes. Contrapartida, também possibilitou que se visualize certo retrocesso no cumprimento desses direitos, o que por razões consideradas ínfimas e de cunho econômico, próprio do mundo capitalista (SANTOS, 2005, p.255).

Por meio da coculpabilidade é defendido uma situação compensatória do Estado, além de uma corresponsabilidade da sociedade ao realizar uma conduta delitiva do agente vítima da exclusão social. E, da mesma forma, transpõe o abismo existente entre a teoria e realidade do sistema e processo penal.

2 FUNDAMENTOS DA COCULPABILIDADE NO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO

No ordenamento jurídico brasileiro a coculpabilidade não aparece de forma expressa, desse modo a teoria não está positivada de forma clara na legislação, sendo necessário realizar interpretações subjetivas para se chegar à essência desse preceito nas diretrizes nacionais. Nesse aspecto, o juízo de valor é um elemento essencial para se compreender como a coculpabilidade se entrelaça com o Direito Penal no Brasil. Define-se como juízo de valor a análise de fatores socioeconômicos realizados de forma individual (particular), variando de pessoa para pessoa e de acordo com cada caso concreto. Essa perspectiva faz com que o juízo de reprovação, que nada mais é do que a condenação à conduta alheia, funcione como uma espécie de medição, regulando a intensidade do juízo de reprovação que pode ser maior ou menor. É possível se verificar de forma mais palpável esse espírito da coculpabilidade, levando em consideração os dispositivos legais que tratam do assunto de forma geral e não somente na esfera criminal.

O Código de Defesa do Consumidor em seu art. 76, Lei nº 8.078/1990, inciso IV, alínea *a*, preceitua que o fator socioeconômico é um agravante dos crimes elencados no CDC (Código de Defesa do Consumidor), ou seja, a posição social do autor de crimes contra as relações de consumo deixa pior a sua sanção, quando essa posição social é inferior ao da vítima. Vê-se que se trata de um episódio nítido de fatores externos que

contribuem e/ou agravam certos atos reprovados pelo CDC. Além desse, outro dispositivo traz o fator socioeconômico como agravante de determinadas condutas. O segundo parágrafo do artigo 4º da Lei nº 1.521/1951, no inciso IV, fixa a condição socioeconômica como agravante de crimes contra a economia popular.

Fazendo uma comparação entre esses dois casos, pode-se observar que desde a década de 1950 a legislação tentava equiparar as partes que constituíam algum entrave jurídico, de modo com que a pena fosse sempre maior quando o delinquente obtinha certas vantagens em face da vítima. Sendo assim, constatada a disparidade socioeconômica que a desigualdade social proporciona, e elencando essa ideia na contemporaneidade nota-se uma lacuna cada vez maior entre classes sociais. Que por sua vez, vai segregando o acesso a questões básicas como saúde, emprego e principalmente à educação, além de outros tantos preceitos fundamentais que formam uma vida digna a todos os cidadãos.

Também se faz presente características da coculpabilidade no Código de Processo Penal, no seu art.187 que dispõe "o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos". Destrinchando o trecho consegue-se notar que o interrogatório deve ser feito com muita cautela, uma vez que este será avaliado por duas perspectivas. Primeiramente se fará uma análise referente ao indivíduo na sua particularidade, ou seja, as condições as quais o delinquente se desenvolveu, questões como emprego, profissão, cultura, religião, antecedentes criminais etc. Já num segundo momento, será avaliado os fatos de maneira isolada, o delito daquele caso concreto, aspectos envolvendo a materialidade como o *iter criminis* (caminho do crime).

Correlacionando o princípio da hermenêutica com os dispositivos legais, se obtém aspectos mais palpáveis sobre a coculpabilidade, pois sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não traz no seu texto palavras vãs. Assim, quando se emprega expressões como "oportunidades sociais" e "outros dados familiares e sociais" entende-se que se tratam de dados importantes sobre o réu, os quais o julgador leva em consideração no momento da aplicação da pena ao acusado. Pois, se tais informações não se fizessem relevantes não estariam transcritas na legislação vigente.

Isto posto, outro ponto que deve ser levado em consideração é o fato de algumas diretrizes penais se encaminharem para uma perspectiva de coculpabilidade, isto é, algumas orientações penalistas devem ser seguidas de acordo com fatores subjetivos que dizem a respeito da condição socioeconômica do réu. Um exemplo disso é o Código Penal que, em seu art. 59, dispõe:

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (BRASIL,1940).

A fixação da norma citada acima no Código Penal, traz elementos da culpabilidade, ou seja, se trata da motivação e dos objetivos subjetivos do agente praticante da conduta ilegal. Esse dispositivo é atrelado ao Código de Processo Penal, o que faz com que no momento processual em que as informações são colhidas, dados particulares da vida do acusado também precisam constar no processo, questões como antecedentes criminais e a conduta social do réu. Por isso tais informações são de extrema necessidade, podendo influenciar na quantidade de pena base que será

atribuída ao réu.

Com isso, pode-se afirmar que o índice de reprovação da conduta daquele autor é menor do que quando comparado com um cidadão que obteve oportunidades normais, conseguindo se desenvolver por completo e agir de uma forma mais coerente e de acordo com a norma jurídica. Embora se tenha muitos dispositivos que abrangem essa temática, tratam-se de alguns poucos pontos que dão uma breve ideia de como seria se a coculpabilidade estivesse vigorando. E essa possibilidade da positivação e aplicação da Teoria da Coculpabilidade que será trabalhada mais afundo no tópico a seguir, com foco no ordenamento jurídico brasileiro.

3 HIPÓTESES POSSÍVEIS DE POSITIVAÇÃO

3.1 A coculpabilidade como circunstância judicial

Nesta hipótese, a coculpabilidade tem origem no art. 59 do Código Penal, o qual abarca elementos correspondente a individualização das partes, tanto do acusado quanto da vítima, os quais são valorados de forma exclusiva pelo arbítrio do juiz. Entrando na questão da dosimetria da pena, e em especial nesse primeiro momento, não se pode ultrapassar os limites fixados pela legislação, ou seja, essa primeira análise deve estar de acordo com o mínimo e o máximo proposto pela norma. Dessa forma, o réu não seria beneficiado, uma vez que o juiz partiria de um determinado valor, que seria o mínimo, e isso deixaria a atuação do julgador limitada. Pois, se a visão dele fosse de que a atitude do acusado estive ligada à uma irresponsabilidade governamental, ele poderia valorar um juízo de acordo com aquele caso concreto, diminuindo a pena nesse caso, o que não é possível.

Contudo, alguns pensadores juristas acreditam que seria possível fixar a pena base abaixo mínimo já na primeira fase da dosimetria, como é o raciocínio de Queiroz (2005), que analisa a coculpabilidade pelo viés de um Direito Penal Garantista. Essa ideia é consolidada pelo Projeto de Lei nº 3473/2000 que altera a Parte Geral do Decreto-lei nº 2.848/1940, do Código Penal, o qual foi elaborado pela comissão jurista sob a presidência de Miguel Reale Júnior, e prevê a inclusão do termo "as oportunidade a ele oferecidas" no caput do art. 59. Além dessa inclusão, o Projeto de Lei visava a inclusão de uma nova interpretação sob o art. 68 A, na qual havendo desproporcionalidade entre a análise do juiz e a pena mínima, essa seria reduzida de um sexto até metade, beneficiando assim o réu.

Apesar disso, essa hipótese tem alguns impedimentos, já que ela vai contra a força da súmula 231 do Supremo Tribunal de Justiça, a qual reflete sobre a base mínima da pena, onde está deve ser fixada de acordo com esse parâmetro. Sendo essa uma súmula seguida pela grande maioria dos julgadores (MOURA, 2006, p.94).

3.2 A coculpabilidade como atenuante genérica

Essa é a hipótese mais comum na doutrina moderna e discorre sobre o princípio da coculpabilidade como uma atenuante genérica com base no art. 66 do Código Penal, tendo sua eficácia na segunda parte da aplicação da pena. Alguns dos maiores defensores dessa ideia são os juristas Zaffaroni e Pierangeli (2018), os quais asseguram que na contemporaneidade a coculpabilidade faz parte da ordem jurídica de qualquer Estado social de direito que reconheça os direitos socioeconômicos à sua população. Desse modo, a hipótese da coculpabilidade como uma atenuante genérica teria cabimento em face do art. 66 do Código Penal brasileiro.

Então, após a fixação da pena base na primeira fase da aplicação da pena, tem-

se as circunstâncias atenuantes e agravantes no caso concreto. Esses aspectos da segunda fase da aplicação da pena, estão previstos nos arts. 61 e 62 do Código Penal que tratam dos agravantes, e nos arts. 65 e 66 do Código Penal que se referem as atenuantes, ambos situados na Parte Geral. A hipótese tem vasta relevância ao tratar o princípio como atenuante genérica, pois de acordo com Bitencourt (2019), o Código Penal pátrio não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando-a à critério do juiz. Sendo assim, a culpabilidade atuaria de forma subjetiva, mas para isso ocorrer o princípio deveria ser positivado, visando a diminuição do arbítrio judicial.

Acerca da legalidade dessa hipótese, chega-se num trâmite parecido com a ideia anterior, já que há uma dificuldade de os juízes fixarem e pena abaixo do mínimo legal nas duas primeiras fases, isto é, abrangendo essa segunda fase da aplicação da pena, que é barrada pela má aceitação da maioria dos magistrados quando se fala em coculpabilidade. Aqui ocorre um fato importante, embora os juízes reconhecem a coculpabilidade eles acabam por não a aplicarem nas suas decisões. Desse modo, em muitas decisões observa-se que há uma espécie de saudação ao princípio, mas o mesmo não é embarcado na decisão final, não servindo como embasamento na decisão do juiz.

3.3 A coculpabilidade como causa de diminuição da pena

A hipótese que abarca a coculpabilidade como de diminuição da pena tem base legal no art. 68 do Código Penal, que dispõe:

> Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.
> Parágrafo único - No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua (BRASIL, 1940).

No dispositivo legal citado acima percebe-se que após a primeira e a segunda fase, há num terceiro momento da fixação da pena, onde o juiz aplicará as causas de diminuição ou de aumento da pena, seguindo a base fixada na fase anterior que abrange as atenuantes e agravantes. Essas causas são divididas entre gerais e especiais, e como a própria nomenclatura já indica, as causas gerais encontram-se na Parte Geral do Código Penal, ao passo de que as causas especiais se encontram nos tipos penais específicos. Na contemporaneidade, as causas de diminuição da pena que mais são aplicadas pelos julgadores são: a figura do crime tentado; o arrependimento posterior; o erro inevitável sobre a ilicitude do fato e a participação de menor importância.

A diferenciação dessa hipótese em detrimento das duas anteriores é que aqui os parâmetros do mínimo e do máximo podem ser ultrapassados no terceiro momento da fixação da pena. Moura (2006) afirma que, de acordo com a coculpabilidade como causa de diminuição da pena, seguir-se-ia um pensamento de que quanto pior fosse a condição socioeconômica do acusado menor seria a sua pena. Em sua análise, ele diz que a melhor forma de se positivar essa hipótese seria elencando de um novo parágrafo ao art. 29 do Código Penal, essa inserção constituiria no seguinte texto:

> Se o sujeito estiver submetido a precárias condições culturais, econômicas, sociais num estado de hipossuficiência e miserabilidade sua pena será diminuída de ⅓ (um terço) a ⅔ (dois terços) se a condição de miserabilidade influir de forma direta na ocorrência do crime (MOURA, 2006, p.94).

No art. 29 do Código Penal, que preceitua diretrizes a respeito do concurso de pessoas tem-se uma análise acerca de uma culpabilidade relativa, isto é, a pena atribuída será de acordo com a sua culpabilidade, individualizando a sanção conforme quem a praticou e em qual condição praticou tal ato ilegal. Essa forma de positivação seria a mais viável, já que o Brasil constitui um Estado democrático e liberal, e que recepciona o garantismo penal, então, serviria como um método legal de se regulamentar a sanção de cada delinquente. De maneira que os parâmetros de base, máximo e mínimo, não limitassem a ação do juiz na terceira fase da dosimetria da pena.

3.4 A coculpabilidade como causa supralegal de exculpação

A última hipótese debatida na doutrina brasileira a respeito da positivação na coculpabilidade é de que o princípio funcionaria melhor como causa supralegal de exculpação, abrangendo uma maior parcela de casos quando comparado a uma atenuante genérica ou a uma causa de diminuição de pena em casos específicos, pois este estaria firmado por uma vertente constitucional.

Nessa hipótese, seguir-se-ia a seguinte lógica, a coculpabilidade afetaria a culpabilidade e essa, por sua vez, se excluiria, sendo quase que um efeito dominó. Essa percepção constitucional acerca da culpabilidade estar atrelada a coculpabilidade já tem base doutrinária, porém com alguns entraves visto que, sendo uma causa supralegal, essa surtiria efeitos gerais. E, em alguns casos serviria como válvula de escape e não como um princípio que ajudaria a ponderar a pena do acusado de acordo com a sua condição socioeconômica. Desse modo, a sua aplicação seria tão aberta que daria margem para a má utilização da exculpação por coculpabilidade. Essa análise vem de encontro com a visão de Carvalho (2008, p.145), o qual afirma que demonstrado o nexo de causalidade entre a omissão estatal e a conduta lesiva, aplica-se o princípio da coculpabilidade e, dependendo do grau de afetação, ele pode incidir tanto na teoria do delito, excluindo a culpabilidade e, consequentemente, o crime, quanto na teoria da pena como causa de diminuição.

Segundo o professor Cirino dos Santos (2005), essa hipótese é passível de ser concretizada, porém ele faz algumas ressalvas quanto a coculpabilidade como causa supralegal de exculpação, uma vez que a coculpabilidade deveria ser tratada como exceção e não como regra-geral, pois é o que ela tende a se tornar sendo uma causa supralegal. Em sua visão, alguns novos critérios deveriam ser desenvolvidos, objetivando dar evidências sobre as reais condições de vida do delinquente. Pois, se o crime é uma resposta normal de um indivíduo que está em uma situação social anormal, logo os critérios jurídicos devem abranger a motivação anormal oriunda de condições adversas que impulsionaram o acusado a cometer determinado crime.

Dessa forma, a coculpabilidade como causa supralegal de exculpação incluiria uma nova forma de se excluir a culpabilidade, seria uma espécie de extensão do critério de exigibilidade de conduta diversa, o qual já se encontra consolidado do Direito Penal. Portanto, os julgadores fariam um juízo de valores, ponderando se o crime praticado é compatível com as condições sociais nas quais se encontrava o acusado ou se esse aspecto não teve relevância no momento do delito. É uma busca pelo nexo causal entre a ação praticada e a condição socioeconômica do réu, havendo conexão aplica-se a coculpabilidade como causa supralegal de exculpação, não sendo confirmados os critérios, a coculpabilidade não seria aplicada como excludente de culpabilidade.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

4.1 Análise quantitativa acerca das jurisprudências gaúchas

De acordo com os pesquisadores Gomes Coelho e Soares Filho (2016), no que tange a quantidade de decisões proferidas pelo Estado do Rio Grande do Sul, contatou-se que naquela época constavam 93 acórdãos acerca da temática da coculpabilidade. Em sua maioria, os pedidos das defesas eram que tal princípio fosse aplicado como atenuante genérica, o qual preceitua o artigo 66 do Código Penal, que dispõe:

> Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). (BRASIL, 1940).

O motivo pela qual boa parte das defesas está batendo na tecla da coculpabilidade como atenuante genérica é o seu fator subjetivo. Pois, de acordo com a doutrina entende que as atenuantes genéricas ou inominadas, são circunstâncias legais de natureza subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de diminuir a pena. Essa conceituação vem de encontro com a visão de Massion (2013, p.662), o qual diz que agravantes e atenuantes genéricas são de aplicação compulsória pelo magistrado, que não pode deixar de levá-las em conta, quando presentes, na dosimetria da pena. Isso faz com que na visão da defesa, a coculpabilidade possa ser considerada como atenuante genérica, cujo tal princípio é dotado de subjetividade, e mesmo não estando positivado na lei, tem relevância na esfera penalista. E isso, segundo a defesa, criaria uma compatibilidade entre a culpabilidade e a atenuante genérica.

Visto isso, é de extrema relevância analisar que o território gaúcho é o que mais despachou decisões sobre o assunto, quando analisado a nível nacional, isto se deve ao fato do tamanho territorial e da grande demanda processual que o estado tem. Pode-se adicionar a isso, o fato de a criminalidade ter sido crescente no Estado, em especial aos crimes de patrimônio. Segundo a pesquisa realizada entre 2014/2015 pela Comissão de Defesa do Consumidor, Direitos Humanos e Segurança Urbana (Cedecondh), cujo mapeou-se todo o espaço gaúcho, houve um aumento de furtos, que foram 35.875 em 2013 a 37.522 no ano seguinte; e também de roubos, de 19.182 para 24.308. Esses são dados que tem conexão com a quantidade de decisões acerca da coculpabilidade, pois os crimes de furto e roubo são os que mais obtém apelação ao judiciário quanto a aplicação do princípio (CIDADES, Z_AREAZERO, 2015).

Desse modo, num raciocínio lógico, quanto mais esses tipos penais são praticados no Estado, mais decisões serão feitas sobre a ótica da coculpabilidade. Além disso, outro fator pertinente é que o aumento da violência está ligado a crescente exclusão social, ou seja, quanto mais se afasta determinados grupos sociais no centro da cidade, maiores serão os índices de criminalidade. Pois, a segregação produz um efeito negativo nas classes com menores condições sociais, diminuído as suas oportunidades e acessos a serviços básicos, fazendo com que esses indivíduos busquem outras formas de sanar essa omissão do Estado, em relação aos seus direitos e garantias fundamentais. Assim, as pessoas, muitas vezes, buscam maneiras ilegais para se chegar a esse fim.

Além de demonstrar o aumento de crimes contra o patrimônio, a pesquisa feita a respeito das decisões preferidas aqui no Brasil, mostra quanto o Rio Grande do Sul tem acreditado numa real positivação e acolhimento desse princípio. O que leva a

pensar que a Teoria da Coculpabilidade, embora não esteja expressa na legislação, tem se difundindo bastante perante os advogados e os tribunais.

4.2 Análise qualitativa acerca das jurisprudências gaúchas

Na questão da análise qualitativa das decisões, percebe-se uma homogeneidade dos tribunais quando se fala em coculpabilidade. Esse pensar não se restringe apenas no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, abrangendo todo o território nacional. O principal argumento é de que a "criminalidade é democrática", isto é, a violência não se restringe tão somente as classes sociais menos favorecidas, atingindo todos os cidadãos da mesma maneira, independente da condição social. Porém, muitas visões podem ser retiradas a partir de um mesmo prisma, assim, Baratta versa:

> Fato incontroverso é a seletividade do sistema penal que confere privilégios aos detentores de poder e exclui os necessitados; nesse cenário, percebe-se que a criação da lei penal se volta aos interesses das camadas sociais detentoras do poder e não, como deveria ocorrer, em prol da coletividade, haja vista existe uma desmedida distribuição de rótulos de criminosos pela população (BARATTA, 2002, p. 102).

Desse modo, entende-se que embora a criminalidade seja democrática, o sistema penal não é justo no momento de decidir quem irá pagar pelo delito cometido e na forma de que será feita a sanção. Se quem detém o poder é a elite, é inegável que seja ela quem dite as diretrizes legais a serem seguidas pelos demais grupos sociais. Estabelecendo uma relação de submissão em face de pessoas com condições sociais precárias, para com aqueles que vivem numa quase utopia de privilégios e benefícios.

Embora se tenha essa visão ampla, não é nessa perspectiva que o os tribunais gaúchos vêm decidindo, afastando a Teoria da Coculpabilidade como princípio favorável ao réu. Nesse sentido, pode ser citada a decisão cuja relatoria coube a desembargadora Fabianne Breton Baisch (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo nº 70081607509), que dispõe:

> Nem seria aplicável a atenuante genérica do art. 66 do CP, por não se tratar de circunstância relevante a tal ponto de provocar a redução da pena. Inviável responsabilizar a sociedade pela falta de oportunidades de um indivíduo, o espaço que lhe é conferido pelo organismo social, como se a culpabilidade fosse uma consequência da pobreza, o que a realidade já mostrou que não é, pois a "criminalidade é democrática", atinge a todos os níveis sociais, indistintamente (BRASIL, 2020a, p.20).

Outro argumento sustentado pelos magistrados é referente ao grande potencial que o acatamento da coculpabilidade tem de incentivar o cometimento de delitos. Uma vez que o Estado é detentor do poder de sanção, caso essa punição não seja aplicada se terá um enfraquecimento da ordem social, fazendo com que os indivíduos não se sintam coagidos pela norma penal. A desembargadora Fabianne Breton Baisch (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, processo nº70081795262) complementa que não se pode atribuir corresponsabilidade à sociedade pela delinquência de um indivíduo, sob pena de se estar autorizando a desordem e a impunidade. Tal fato reforça a ideia de que a coculpabilidade causaria mais malefícios do que benefícios, caso a sua positivação e/ou aplicação fosse realizada no sistema judiciário brasileiro (BRASIL, 2020b, p.46).

Vale ressaltar que o próprio Supremo Tribunal de Justiça vem afastando a

possibilidade de se aplicar a coculpabilidade como fator que possa influenciar na pena do acusado. O STJ afirma o seguinte em alguns julgamentos: O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a aplicação da teoria da coculpabilidade do Estado como justificativa para a prática de delitos (BRASIL, 2013).

Portanto, o que se entende é que as decisões proferidas no Estado do Rio Grande do Sul, seguem a mesma linha de raciocínio do STJ, refletindo o pensamento de que a coculpabilidade não serve como causa de permissão para o cometimento de crimes, pois é essa análise que se tem na grande maioria das decisões. Apesar disso, ressalta-se que o Brasil recepciona o princípio da individualização da pena, fazendo com que o Pode Judiciário avalie cada caso concreto de forma individual, personificando a pena o máximo possível de acordo com o histórico do réu. A individualização da pena deve abranger três fases: a cominação legislativa, a aplicação da pena no momento da sentença e a execução da sanção. Sobre isso Nucci preceitua:

> Princípio significa que a pena não deve ser padronizada, cabendo a cada delinquente a exata medida punitiva pelo que fez. Não teria sentido igualar os desiguais, sabendo-se, por certo, que a prática de idêntica figura típica não é suficiente para nivelar dois seres humanos. Assim, o justo é fixar a pena de maneira individualizada, seguindo-se os parâmetros legais, mas estabelecendo a cada um o que lhe é devido. É o que prevê o art. 5°, XLVI, da Constituição (NUCCI, 2017, p.81).

Porém, como estamos falando de algo que não está positivado no ordenamento jurídico brasileiro, observa-se uma tendência de não acatamento de uma falha estatal como algo que venha beneficiar do réu. Nessa banda, algumas decisões afirmam que a não aplicabilidade da coculpabilidade já é um fato nos tribunais do Rio Grande do Sul. Nesse sentido, o desembargador Dálvio Leite Dias Teixeira (Tribunal da Justiça do Rio Grande do Sul, processo n°70079373528) afirma:

> A jurisprudência deste Colegiado, com efeito, não corrobora a conclusão de reprovabilidade mínima da conduta do imputado a partir da afirmação de coculpabilidade do Estado e da sociedade. Assim, não se pode atribuir corresponsabilidade à sociedade pela conduta ilícita praticada pelo réu, sob pena de se estar autorizando a desordem e a impunidade. As desigualdades econômico-sociais existentes em nossa sociedade e a ineficiência das políticas públicas de combate ao tráfico de drogas não têm o condão de justificar as práticas ilícitas, sendo inviável o abrandamento da pena por esta razão (BRASIL, 2019, p.10).

Desse modo, conclui-se perante a análise qualitativa acerca das decisões judiciais, que de modo geral o Rio Grande do Sul não aplica a Teoria da Coculpabilidade. Abstendo-se em alguns casos específicos em que o julgador reconhece a atenuação da pena oriunda da coculpabilidade, mas não pode seguir com essa perspectiva, pois a pena já foi fixada entre o mínimo e o máximo imposto pela lei. Tal fato passa a impressão de que os magistrados refutam a aplicação da coculpabilidade, alegando que há falta de comprovação dos requisitos para a diminuição da pena com fundamento na coculpabilidade, quase que na totalidade dos casos concretos analisados. Pode-se concluir, assim, que a teoria proposta por Zaffaroni, no âmbito gaúcho, não passa de uma brecha pela qual a população vê falhas governamentais, alegando que essas contribuem ou implicam no cometimento de delitos, mas que não é adotada nas decisões do poder judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a Teoria da Coculpabilidade, o Estado reconhece a sua parcela de culpa perante àquele que foi desfavorecido perante à sociedade. Dessa forma, deverá arcar de forma indireta por ter omitido um direito fundamental que é de obrigação constitucional do Estado. Por não aparecer de forma expressa, não se encontra facilmente e claramente na legislação, assim, não está positivada no âmbito penal como um princípio norteador.

A coculpabilidade dispõe de algumas hipóteses que abrangem o conceito e a interpretação possível em cada caso. No presente artigo abordamos a coculpabilidade como circunstância judicial, a qual tem origem no art. 55 do Código Penal e abrange elementos que correspondem à individualização das partes, mas ao mesmo tempo fere a súmula 231 do STF. A coculpabilidade como atenuante genérica, com origem no art. 66 do Código Penal e atua na segunda parte da aplicação da pena. A coculpabilidade como causa de diminuição de pena, que para ocorrer deve-se analisar o art. 68 do Código Penal. Ao abordar a coculpabilidade como causa supralegal de exculpação a culpabilidade automaticamente se exclui, em determinados casos pode servir de válvula de escape, podendo dar abertura à sua má utilização.

Considerando a jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul, a coculpabilidade está sendo muito abordada, de certa forma, pelo seu fator subjetivo e que mesmo não estando positivado na lei tem relevância no âmbito penal, além de tornar a coculpabilidade e a atenuante genérica compatíveis. Porém, deve-se salientar que por não estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro, as chances de serem acatadas são mínimas.

Por fim, após análise da teoria e de casos que a englobam, o Estado do Rio Grande do Sul não aplica a Teoria da Coculpabilidade alegando, na maioria das vezes, falta de comprovação para que a teoria seja aplicada.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima:**Códigos da violência na era da globalização**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AUMENTO da violência está ligado à crescente exclusão social em Porto Alegre, aponta mapa. **Editoria: Cidades, z_Areazero.** Publicado em: 8. dez. 2015. Sul 21, 2015. Disponível em: https://www.sul21.com.br/cidades/2015/12/aumento-da-violencia-esta-ligado-a-crescente-exclusao-social-em-porto-alegre-aponta-mapa. Acesso em: 26. ago. 2020.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** 3. ed. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil,** promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951.** Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 27 dez. 1951.

BRASIL**. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 12 set. 1990.

BRASIL**. Projeto de Lei 3.473, de 18 de agosto de 2000.** Altera a Parte Geral do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Poder Executivo. Situação: Pronta para Pauta no Plenário.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Condenação. Apelação julgada. Pretensões de absolvição e desclassificação. Via inadequada. Exame aprofundado das Provas. Teoria da co-culpabilidade do estado. Não configuração. Ordem denegada. Resp. 187132/mg. Defensoria pública do Estado de Minas Gerais vs. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. In: Site do Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 05/02/2013, T6 - Sexta Turma. Disponível em:https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27HC%27.clap.+e+@num=%27187132%27)+ou+(%27HC%27+adj+%27187132%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja . Acesso em: 26. ago. 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça.** Súmula n°231. A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Diário de Justiça, 15 out. 1999, p. 76.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Criminal n° 70079373528. Ministério Público, Claudiomir Flores, Defensor Púbico. Relator: Dálvio Leite Dias Teixeira. Acordão, 30. out. 2019. Data de publicação: 28. nov. 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Criminal n° 70081607509. Segredo de justiça. Relator: Fabianne Breton Baisch. Acordão, 29. jan. 2020. Data de publicação: 06. fev. 2020.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Criminal n° 70081795262. Ministério Público, Paulo Roberto Charao Rodrigues, Defensor Público. Relator: Fabianne Breton Baisch. Acordão, 24. jun. 2020. Data de publicação: 14. jul. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** Vol.I, 25.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2019.

CARVALHO, Salo de. **A co-responsabilidade do Estado nos crimes econômicos:**
fundamentos doutrinários e aplicabilidade judicial**.** Porto Alegre: Livraria do Advogado,
2008.

COELHO, Ícaro Gomes; FILHO, Sidney Soares. A aplicação da teoria da coculpabilidade como atenuante genérica do art.66 do código penal à luz da

jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros. **Revista Eletrônica do Curso de Direito – UFSM**. Vol. 11, n. 3, p.1029-1059, 2016.

QUEIROZ, Paulo. **Funções do direito penal:** legitimação versus deslegitimação do sistema penal. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MOURA, Grégore Moreira de. **Do princípio da co-culpabilidade no direito penal.**
Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direto penal:** parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Curitiba: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro.** 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ZANOTELLO, Marina. **O princípio da coculpabilidade no estado democrático de direito**. São Paulo: Dissertação de Mestrado - Faculdade de Direito da USP, 2013.

3

A APLICAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO DIREITO DE FAMÍLIA

Giordana Marmentini de Oliveira[1]
Mayra Cecília Manfron Spiller[2]
Rafaela Mylena Zago[3]
Simone Gasperin de Albuquerque[4]

RESUMO: O presente artigo pretendeu destacar a aplicação das constelações familiares como método de resolução de conflitos no Direito de Família. A metodologia utilizada foi a analítico-descritiva e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa documental e bibliográfica. Desenvolve-se neste trabalho a aplicação das constelações familiares no Direito de Família, abordando a história da descoberta das constelações, a fenomenologia, e como ocorrem as sessões de constelação, bem como a possibilidade de aplicação prática com base no ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo, considerando as leis existentes até o momento. Ademais, verifica-se com este estudo que, além de diminuir a demora na resolução dos conflitos familiares que são levados ao Poder Judiciário, trata-se de uma forma mais humanizada e individualizada de buscar a melhor solução possível para cada caso concreto.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Constelações Familiares. Direito de Família. Resolução de Conflitos.

---

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Turma 2016/Diurno, 10º Semestre. E-mail: giordana16.m@hotmail.com
[2] Acadêmica do Curso de Direito da Turma 2016/Diurno, 10º Semestre. E-mail: mayra_spiller@hotmail.com
[3] Acadêmica do Curso de Direito da Turma 2016/Diurno, 10º Semestre. E-mail: rafaelamzago@gmail.com
[4] Mestre e Professora do Curso de Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. Email: salbuquerque@uri.com.br.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar a aplicação do método de Constelação Familiar nos Tribunais brasileiros, mais especificamente nas Varas de Família, como uma forma de resolução alternativa de conflitos, bem como demonstrar sua efetividade e seu crescente uso para promoção da verdadeira justiça curativa.

A constelação familiar é um método terapêutico criado pelo alemão Bert Hellinger, que se baseia na psicoterapia sistêmica e na fenomenologia. Por meio dela, é possível identificar dinâmicas disfuncionais que ocorrem dentro de um sistema familiar, as quais atuam de maneira inconsciente na vida das pessoas.

A constelação é vista como um método onde os participantes são posicionados em um espaço como representantes dos elementos de um sistema. No decorrer da história, as constelações ultrapassaram barreiras e paradigmas, sendo atualmente aplicadas, inclusive, no Poder Judiciário, como uma forma de facilitação e busca de soluções que tragam paz aos envolvidos nos conflitos submetidos à Justiça, especialmente nos processos da Vara de Família e Sucessões.

Em decorrência da evolução natural da sociedade e das relações, inegável que o número de demandas judiciais também tem aumentado nos últimos anos e com isso, a morosidade na prolação de uma decisão definitiva às partes. Assim, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, passou-se a dar destaque aos chamados meios alternativos de solução de conflitos, dentre eles encontrando-se as constelações sistêmicas.

O presente artigo visa entender a problemática enfrentada pelos operadores do direito e pela sociedade em geral na falta de soluções profundas e duradouras nos processos judiciais, principalmente por falta de resultados eficazes e adequados em longo prazo. Atualmente, vários estados brasileiros fazem uso das constelações familiares. A intenção da utilização desta técnica no Judiciário é buscar esclarecer para as partes o que há por trás do conflito que gerou o processo judicial, considerando que os casos em que há maior aplicabilidade das constelações versam sobre litígios familiares.

Em razão da aplicação das constelações familiares na prática jurídica, aos poucos a legislação brasileira está tendo que se adaptar, criando projetos que formalizem as regras e procedimentos dessa nova técnica.

Por meio da metodologia analítico-descritiva e o raciocínio dedutivo, com técnica de pesquisa documental e bibliográfica, se buscará analisar como se dá a aplicação das constelações familiares como método de solução de conflitos, com viés direcionado à área do Direito de Família. Ademais, busca-se analisar as verdadeiras vantagens da adoção deste método terapêutico por juízes, uma vez que promove o verdadeiro direito da reconciliação e auxilia no descongestionamento do Poder Judiciário.

1 ESCLARECENDO A CONSTELAÇÃO FAMILIAR

A constelação familiar é uma técnica terapêutica que vem ganhando espaço no âmbito jurídico e também em outras áreas do conhecimento. A constelação familiar é considerada uma prática sistêmica porque compreende a família como um sistema no qual as características, emoções, arquétipos comportamentais, exclusões, conflitos e acontecimentos em geral são transmitidos de geração para geração.

O método sistêmico de constelação familiar foi criado pelo psicanalista e psicoterapeuta alemão Bert Hellinger, que dedicou sua vida ao estudo dos sistemas

familiares. Em seu livro Ordens do Amor (2001), Bert discorre que uma das experiências mais importantes e esclarecedoras de sua vida, foi o período em que viveu com zulus na África do Sul, pois conheceu uma forma de convívio humano totalmente diferente, onde reinavam o respeito e a paciência e onde um não ridicularizava o outro, de forma que ocorria a preservação da autoridade familiar e jamais se ouvia alguém falando depreciativamente dos próprios pais.

Ao aprofundar sua pesquisa em meados dos anos 60, Bert Hellinger descobriu os níveis de consciência e também as leis que norteiam o método sistêmico, quais sejam, pertencimento, equilíbrio e hierarquia. A partir disso, começou a perceber a fenomenologia como fonte de todo o conhecimento, bem ainda que o amor é atuante por trás de todos os comportamentos humanos.

> [...] é fundamental na terapia que encontremos o ponto onde se concentra o amor. Então chegamos à raiz, onde se encontra também o caminho para a solução, que sempre passa também pelo amor. Isso eu vivenciei primeiro na terapia primal e, em seguida, também na análise do script e na terapia familiar. Notei que grande parte do tão decantado trabalho com emoções, onde o terapeuta diz ao cliente "Solte sua raiva", deixa escapar o essencial. Já vi casos em que alguém é incitado a dizer aos pais que está furioso com eles ou mesmo que deseja matá-los, e mais tarde se castiga severamente por isso. A alma da criança não tolera nenhuma depreciação dos pais. Só quando vi isso é que tomei plena consciência da dimensão desse amor. Por isso, procuro sempre e antes de tudo pelo amor, e oponho-me a tudo que o coloque em risco." (HELLINGER, 2001, p. 276).

Pode-se dizer que a constelação familiar encontra seus fundamentos na fenomenologia, na observação e na experiência. O modelo de estudo fenomenológico que deu embasamento para a criação e construção do método sistêmico de Bert Hellinger, foi criado por Edmund Husserl no final do século XIX e início do século XX.

1.1 DA FENOMENOLOGIA

A fenomenologia tem seu surgimento na filosofia como ciência, versando acerca da experiência que a consciência tem do mundo. Pode-se dizer que seu propósito é buscar e analisar os fenômenos como uma experiência consciente, da maneira mais afastada de pré-conceitos possível. Acima de tudo, a fenomenologia busca descobrir quais são pontos limitantes do conhecimento sobre os fenômenos. Trata-se de um estudo sobre o que pode e o que não pode ser percebido, com a intenção de compreender a experiência humana, esclarecendo como a mente encaminha o pensamento a certos objetos ou à realidade.

Bert Hellinger, em seu livro Ordens do Amor (2001), explica a fenomenologia como dois movimentos que levam o ser humano ao conhecimento. Em suma, entende o autor que para ambos os movimentos se completam, de modo a se atingir a plenitude e a diversidade, é necessário atentar-se ao movimento exploratório e, após, recuar um pouco, formando o fenomenológico.

Com efeito, para atingir o nível de conhecimento desejado, é preciso livrar-se de pré-conceitos, preconcepções e ideias já existentes, voltando toda a atenção para esse movimento do conhecimento. No entanto, para que as percepções sejam alcançadas de forma verdadeira, o processo de renúncia é extremamente importante, pois afasta o ser humano de mecanismos influenciadores. Diz-se, portanto, que a fenomenologia é um olhar sem vícios e sem juízos.

Hellinger (2001, p. 10), recomenda: “Quem teme o que a realidade traz à luz coloca uma viseira nos olhos. E quem receia o que outros vão pensar ou fazer quando diz o que percebeu fecha-se a um novo conhecimento.” Por meio disso, destaca a importância da coragem aliada à ausência de intenção para se chegar à verdade real ao final do caminho fenomenológico.

1.2 DA SESSÃO DE CONSTELAÇÃO FAMILIAR

Na dinâmica da constelação familiar, os representantes se movimentam no campo familiar do constelado por meio de sensações físicas. O terapeuta responsável por coordenar o método sistêmico, junto com o cliente, analisa esse movimento e comportamento dos representantes no intuito de chegar a uma visualização da dinâmica que está inicialmente oculta e entender a origem do problema a ser constelado.

Bert Hellinger (2001) explica como esse movimento ocorre dentro do campo familiar em uma constelação. Primeiro o cliente escolhe de forma livre quem serão os representantes de sua família. Após, o próprio cliente irá posicionar os representantes no recinto. É por meio desse processo que o cliente descobre coisas que antes estavam escondidas. Outro aspecto interessante é que os representantes acabam conectando-se com a realidade da família que está sendo trabalhada, mesmo que nada tenham a ver com tal realidade.

O campo de força citado por Bert, que é também fundamento do método sistêmico, é explicado por Rupert Sheldrake, biólogo inglês. Rupert propõe a existência de campos morfogenéticos não materiais que são transmitidos e compartilhados pelos seres humanos por meio da ressonância. É por meio desse processo de ressonância que se explica como acontecimentos, pensamentos e comportamentos retrógrados influenciam no presente (IPÊ ROXO, 2019). A teoria criada pelo biólogo é um fundamento da constelação familiar e por meio dela, se diz que os indivíduos do sistema são inspirados, por outros indivíduos, em seus comportamentos e ações.

Ademais, os campos mórficos não atuam como ímãs, pelo magnetismo, mas, sim, exercem influência com base na composição e forma dos corpos. Nesse caso, os corpos que apresentam características semelhantes tornam-se mais potentes e ressoam melhor as informações do campo morfogenético. Essa teoria é passível de visualização na constelação quando pessoas que não tem conhecimento acerca do sistema familiar do constelado, acabam sentindo os acontecimentos do campo. É instintivo, muitas vezes, que pessoas escolhidas para atuarem como representantes apresentem assuntos em comum com o objeto da constelação.

Hellinger, ao reconhecer a existência desses campos, descobriu as leis que regem o sistema familiar, quais sejam, o pertencimento, o equilíbrio e a hierarquia.

De acordo com Bert Hellinger,

> [...] na terapia familiar sistêmica, trata-se de 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. Trazendo-se à luz os emaranhamentos, a pessoa consegue se libertar mais facilmente deles. (HÖVEL; HELLINGER, 2006, não paginado)

A prática sistêmica ocorre por meio de representação, onde o cliente a ser constelado escolhe pessoas para representar os membros de sua família de acordo com sua vontade e íntima percepção.

> O que é curioso nessas constelações é que as pessoas escolhidas para representar os membros da família se sentem como as pessoas reais, tão logo se encontrem na constelação. Algumas vezes começam a sentir até os sintomas que os membros dessa família têm, sem sequer saber algo sobre eles. Por exemplo, uma pessoa teve uma vez um ataque epiléptico quando representou um epiléptico. Ou frequentemente um representante tem taquicardia ou sente que um lado do corpo está frio. Se questionarmos as pessoas reais, verificamos que é realmente o que sentem. Não existe uma explicação para esse fato. Mas foi constatado milhares de vezes nessas constelações. (HÖVEL; HELLINGER, 2006, não paginado)

No desenrolar dessa terapia, pode-se perceber que muitos litígios familiares, doenças, sentimentos e problemas, podem ter ligação direta com outros membros do sistema familiar que também apresentaram os mesmos problemas, dores e frustrações. Bert chama de "emaranhamento" o que ocorre quando alguém na família retoma e revive inconscientemente o destino de um familiar que viveu antes dele.

Demais disso, Hellinger (2006) exemplifica que as repetições de comportamentos ocorrem de forma desorientada, pois o sistema familiar dispõe de um inconsciente coletivo que norteia todos os membros. Se, em algum momento, algum membro do sistema familiar sofrer alguma injustiça, for excluído ou vier a falecer de forma precipitada, surge, no grupo familiar, uma necessidade de compensação. Ou seja, a injustiça sofrida por aquele membro será representada e sofrida posteriormente por outro membro do sistema familiar, como uma forma de compensação e repetição.

Entretanto, ocorre que:

> [...] essa forma de repetição nunca coloca nada em ordem. Aqueles que devem assumir o destino de um membro excluído da família são escolhidos e tratados injustamente pela consciência de grupo. São, na verdade, completamente inocentes. Contudo, pode ser que aqueles que se tornaram realmente culpados, porque abandonaram ou excluíram um membro da família, por exemplo, sintam-se bem. A consciência de grupo não conhece justiça para os descendentes, mas somente para os ascendentes. Obviamente, isso tem a ver com a ordem básica dos sistemas familiares. Ela atende à lei de que aquele que pertenceu uma vez ao sistema tem o mesmo direito de pertinência que todos os outros. Mas, quando alguém é condenado ou expulso, isso significa: "Você tem menos direito de pertencer ao sistema do que eu". Essa é a injustiça expiada através do emaranhamento, sem que as pessoas afetadas saibam disso." (HÖVEL; HELLINGER, 2006, não paginado)

Desse modo, pode-se dizer que a constelação familiar atua trazendo equilíbrio ao sistema familiar, além de fazer com que as ordens do amor fluam perfeitamente, trazendo de volta ao sistema familiar os membros que foram, de alguma forma, excluídos, dando-os voz, reconhecimento e amor.

2 UTILIZAÇÃO DAS CONSTELAÇÕES FAMILIARES COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONFLITOS, DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição Federal tem como um de seus pilares o princípio do acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, garantido a todos como um direito fundamental e servindo como base para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal diz que:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a

> inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] (BRASIL, 1988)

Em decorrência dessa garantia constitucional e o respectivo enquadramento como direito fundamental, o acesso à justiça é garantido e prestado pelo Poder Judiciário. Diferente do que se pensa, o acesso à justiça garantido constitucionalmente, não é simplesmente uma garantia de possibilidade de ingresso no Poder Judiciário, mas, sim, uma forma de garantir às partes uma justiça célere e eficaz.

Assim, pode-se perceber que o princípio do acesso à justiça é amplo e deve ser interpretado como tal. A Constituição Federal de 1988 estabelece garantia não somente às lesões, mas também aos direitos considerados ameaçados, o que possibilita uma tutela jurisdicional mais ampla por parte do ente estatal.

Além disso, visando conceder maior efetividade a esse princípio, o legislador dispôs no texto constitucional acerca da gratuidade de ações como *habeas corpus* e *habeas data* e também acerca da assistência judiciária gratuita aos indivíduos que não dispuserem de recursos para arcar com o processo judicial. Esses mecanismos estão dispostos no art. 5º, incisos LXXIV e LXXVII, veja-se:

> [...] LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; [...] LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.[...] (BRASIL, 1988)

Outrossim, o Pacto de San José da Costa Rica, versa em seu art. 8.1 acerca do princípio do acesso à justiça. Com efeito, tem-se que:

> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969).

Desse modo, torna-se evidente a preocupação da legislação brasileira com o fornecimento de meios adequados para que a sociedade tenha acesso ao Poder Judiciário na resolução de conflitos. Mas, em contrapartida, em decorrência da garantia legal do acesso à justiça, atualmente, o sistema judiciário brasileiro encontra-se sobrecarrego, ocasionando lentidão e falta de celeridade nos processos.

Em razão disso, muito se discute acerca da implementação de novos métodos no Judiciário com a finalidade de auxiliar na resolução dos conflitos. A referida implementação principalmente nas varas de família, é útil e necessária, pois, por meio delas, se garantiria a eficácia do princípio do acesso à justiça. Um óbice para a implementação de práticas alternativas de resolução de conflitos nos tribunais brasileiros é a predominância do pensamento que somente mediante uma sentença o processo teria um destino adequado e justo.

Com efeito, Kazuo Watanabe, no livro Tribunal Multiportas (2012), discorre acerca da importância de métodos consensuais no Judiciário. Destaca que, naquelas relações em que há contato permanente, é altamente desejável que a solução do conflito preserve a coexistência das pessoas envolvidas, com a intenção de continuidade das relações entre elas existentes, afinal, ninguém conhece melhor suas peculiaridades, suas necessidades e suas possibilidades, do que elas próprias.

Desse modo, nota-se que é preciso modernizar o Poder Judiciário para melhor atender às necessidades sociais. Faz-se necessário, cada vez mais, afastar o pensamento predominante de que somente a sentença proferida por um magistrado levaria a uma solução efetiva para as partes litigantes. Baseado nisso, existe um crescente viés no direito brasileiro acerca da humanização da justiça, que busca soluções menos desgastantes para os envolvidos, a fim de que se minimize o embate e maximize os resultados pacíficos.

Inicialmente, os métodos alternativos de resolução de conflitos foram criados para resolução de litígios na esfera privada e não no âmbito judicial, conforme explica Tartuce (2018). Saindo da esfera privada, os métodos de resolução alternativa de conflitos adentraram na esfera judicial e ganharam força por todo o mundo, principalmente no Direito de Família, onde lida-se com questões íntimas e relações de convivência duradouras.

Notadamente, há no direito brasileiro um crescente avanço em relação ao uso de métodos alternativos de resolução de conflitos. O Código de Processo Civil (2015), traz em seu art. 3º, que os métodos de resolução alternativos de conflitos deverão ser estimulados por todos os operadores do direito atuantes no processo e, além disso, refere que a solução consensual dos conflitos deve ser promovida sempre que possível por meio do ente estatal.

Além disso, o art. 694 do mesmo instrumento legal, destaca que, em se tratando de ações de família, deve-se priorizar a solução consensual do litígio, sendo que esta pode, até mesmo, suspender o processo a fim de melhor resolução da lide. Do mesmo modo, o art. 139, inciso V, do mesmo diploma legal, estabelece que incumbe ao juiz da causa, além de dirigir o processo conforme as disposições legais, promover a auto composição das partes, sendo que para isso, deve-se valer, preferencialmente, de conciliadores e mediadores judiciais.

Outrossim, os avanços na legislação brasileira quanto as possibilidades de aplicação dos métodos alternativos não param por aí. A Resolução 125 do CNJ (2010) estabelece "a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, visando a necessidade de consolidação de uma política pública permanentes de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios".

Por consequência, os Tribunais brasileiros vêm incentivando, veementemente, a aplicação de métodos de auto composição. A Recomendação nº 50 do Conselho Nacional de Justiça (2014), foi dirigida como forma de incentivo aos Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais a realizarem estudos e ações tendentes a dar continuidade ao Movimento Permanente pela Conciliação.

Em decorrência dos avanços legislativos, Kazuo Watanabe (2012) relata que os métodos alternativos de resolução de conflitos são um instrumento a mais nas mãos do Poder Judiciário brasileiro para o melhor exercício de sua função de administrar a justiça.

Insta ressaltar que inúmeros são os benefícios decorrentes da aplicação dos métodos alternativos de resolução de conflitos no direito de família. Nesse aspecto, a liberdade dada às partes de entrarem em um acordo que melhor atenda às suas necessidades. Ademais, por meio da aplicação de métodos alternativos, dá-se possibilidade de diálogo e discussão de assuntos de outras esferas, que não a discutida processualmente, como por exemplo, questões familiares.

Dentre os métodos de resolução alternativa de conflitos utilizados no Judiciário brasileiro, ressalta-se a constelação familiar, que tem sua utilização alinhada com a Constituição Federal, Resoluções do CNJ e com o Código de Processo Civil. Com

efeito, a prática sistêmica atualmente é utilizada em cerca de dezesseis estados brasileiros entre eles, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Bahia, Goiás e etc (FARIELLO, 2019).

Atualmente, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 9444/2017, de autoria da Deputada Flávia Morais, que dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Outrossim, o Projeto de Lei tem como premissa a instituição da constelação sistêmica exercida por meio de um terceiro que não apresente, dentro do processo, poder de decisão, que deve ser escolhido por designação do tribunal ou pelas partes. Com auxílio desse terceiro, as partes seriam auxiliadas e estimuladas a identificar soluções consensuais para o litígio levando em consideração o olhar sistêmico proposto por Bert Hellinger (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017).

O art. 15 do referido instrumento legal em tramitação, estabelece sobre a possibilidade haver, dentro dos centros judiciários de solução consensual de conflitos, a presença de consteladores que visam assessorar a prática de resolução de controvérsias. O referido projeto de lei leva em consideração alguns princípios, como imparcialidade, informalidade, autonomia das partes e boa-fé.

Referente ao procedimento de constelação, o Projeto de Lei dispõe que:

> Art. 12. A Constelação deverá ser precedida de breve explicação a respeito da técnica, ocasião em que o constelador deve orientar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.
> Art. 13. A Constelação poderá ser realizada em sessão individual ou em grupo, mas não se poderá constelar o mesmo tema objeto da controvérsia mais de uma vez. (BRASIL, 2017)

Por fim, embora os métodos de resolução alternativa de conflitos estejam mostrando-se positivos, Tartuce (2018) alerta para algumas problemáticas decorrentes de sua aplicação, destacando que sua adoção deve se pautar pela intenção de prover uma abordagem adequada dos conflitos em prol de sua proveitosa composição.

Dá-se o nome de Direito Sistêmico ao ramo do direito que visa estudar e aplicar a constelação familiar no âmbito judiciário. Essa nomenclatura é de autoria do Magistrado Sami Storch, que vem utilizando a constelação familiar, na Vara de Família onde atua no estado da Bahia, como um instrumento que visa auxiliar o julgamento célere e eficaz dos processos, uma vez que a constelação familiar atua no cerne do litígio, dando uma solução eficiente às partes em longo prazo, realizando uma verdadeira justiça curativa e sem que seja necessário um novo litígio entre as partes depois de finalizado o primeiro processo (MENDES; LIMA, 2017).

De acordo com o artigo Justiça Sistêmica: Um novo olhar do judiciário sobre as dinâmicas familiares e a resolução de conflitos", a utilização da constelação familiar como mecanismo de auto composição no âmbito judiciário é eficaz, pois, por meio dela, traz-se à tona angústias profundas que dizem respeito ao verdadeiro litígio exposto em âmbito judiciário.

> [...] a utilização das constelações familiares no âmbito judiciário possibilita desvelar determinadas angústias profundas que correspondem à verdadeira genealogia de conflitos que aportam ao Judiciário, atuando, assim, não apenas como mecanismo de resolução ou solução consensual, mas também, vale frisar, de prevenção da litigiosidade. (SCHMIDT; PAN NYS; PASSOS, 2017, não paginado)

Em razão do uso da técnica terapêutica de constelação familiar no âmbito do direito de família, percebe-se uma diminuição significativa de retorno dos processos

ao Judiciário. Isso ocorre, em razão de que as partes ficam mais abertas para um acordo eis que visualizam o conflito e conseguem encará-lo de forma mais harmônica. Quando, na dinâmica da constelação, o cerne do problema enfrentado pela família vem à tona e o constelador conduz os representantes atuantes na constelação de forma que cada um assuma o lugar que lhe é devido dentro do sistema familiar, e quando, além disso, todos são honrados e respeitados, surge, para todos os outros membros, uma sensação de harmonia e completude.

Tão relevantes mostraram-se os resultados da implementação da constelação familiar nos tribunais, que a doutrina jurídica brasileira chegou a tratar a aplicação desse método terapêutico como capaz de produzir uma verdadeira justiça curativa. Diferentemente da sentença, que é imposta por um juiz, a aplicação da constelação familiar permite que as partes encontrem a solução que mais lhes traga alívio e entendimento. Permite, também, que se chegue a uma solução efetiva, sem a necessidade de recorrer ao Judiciário novamente para debater o mesmo problema, afinal, chegam, por si próprias, a um acordo e estabelecem uma composição na audiência de conciliação, posterior a sessão de constelação familiar (ROSA, 2014).

No entanto, é necessário que a aplicação do método de Bert Hellinger seja coordenada por profissionais capacitados e com formação na área do direito sistêmico, considerando que a ausência de profissionais qualificados pode se tornar um risco sério para as partes envolvidas.

O Direito Sistêmico e a utilização das constelações familiares nas varas de família visam proporcionar às partes uma verdadeira justiça curativa, de maneira que o sistema familiar seja respeitado, que as partes assumam o lugar que lhes pertence e que se possa chegar a soluções profundas e duradouras e que tenham por base o amor familiar, maior valor defendido por Bert Hellinger.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade contemporânea vivencia uma significativa evolução social e tecnológica, onde os antigos métodos de resolução de conflitos não têm aplicação como tinham outrora. Tal mudança é normal e totalmente esperada, sendo que em todas áreas de conhecimento há necessidade de mudanças e inclusão de novos métodos. Essa situação também se aplica à área do Direito, considerando sua função reguladora da vida em sociedade e também agindo diretamente na resolução de conflitos.

A quantidade de processos existente no Poder Judiciário é imensa, e com certeza a espera para que a lide seja resolvida causa grande angústia nas partes envolvidas, principalmente na área do direito de família onde há muito sentimento envolvido. Pensando na necessidade de trazer mais agilidade processual, a mediação e a conciliação estão sendo cada vez mais aprimoradas e inseridas no ordenamento jurídico brasileiro.

Esses métodos buscam tirar um pouco da formalidade do andamento processual, onde via de regra um terceiro acaba decidindo uma situação que pode ser determinante na vida das partes. No Direito de Família, com a ajuda do mediador, as partes conseguem estabelecer um diálogo que não havia possibilidade de existir antes, e consequentemente ajuda na resolução dos conflitos.

Porém, percebeu-se a possibilidade de se fazer mais, de poder resolver de uma forma ainda mais efetiva os conflitos familiares. O Direito Sistêmico traz a possibilidade de dar uma atenção especial para cada caso concreto, fazendo com que as partes de fato enxerguem um ao outro. A aplicação das constelações familiares traz resultados positivos, considerando que o facilitador/terapeuta possibilita uma visão mais empática do outro, e tal visão não seria possível somente com o andamento

processual a prolação de uma sentença.

A legislação brasileira permite a adoção de métodos alternativos de conflitos, e no momento que se adquirir a percepção de que as constelações familiares não somente resolvem o conflito e diminuem a morosidade judiciária, mas também resolve situações familiares, e consequentemente aumentam a qualidade de vida dos envolvidos, trazendo equilíbrio, harmonia e promovendo uma verdadeira cura nos sistemas familiares, a sua aplicação será cada vez mais recorrente.

Referências

ALMEIDA, Rafael Alves de (Org.); ALMEIDA, Tania (Org.); CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). **Tribunal Multiportas**: Investindo no capital social para maximizar o sisema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

BANDEIRA, Regina. **Juiz consegue 100% de acordos usando técnica alemã antes das sessões de conciliação**. Disponível em: http://cnj.jus.br/noticias/cnj/62242-juiz-consegue-100-de-acordos-usando-tecnica alema-antes-das-sessoes-de-conciliacao. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASÍLIA. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 9444**, de 2017. Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=03AAAE1AC4DDAB1B5CE74C798B0EC2DB.proposicoesWebExterno1?codteor=1635223&filename=PL+9444/2017. Acesso em: 21 ago. 2020.

CARMO, Maria Scarlet do. **Uma breve apresentação sobre a Constelação Sistêmico-Fenomenológica.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/. Acesso em: 21 ago. 2020.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Resolução nº 398,** de 04 de Maio de 2016. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2016-1/setembro/resolucao-cjf-398.pdf/view. Acesso em: 20 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225**, de 31 de Maio de 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125,** de 29 de Novembro de 2010. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_125_29112010_03042019145135.pdf. Acesso em: 20 jun. 2020.

FARIELLO, Luiza. **Constelação Familiar: no firmamento da Justiça em 16 Estados e no DF.** Agência CNJ de Notícias, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/constelacao-familiar-no-firmamento-da-justica-em-16-estados-e-no-df/. Acesso em: 21 ago. 2020.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

HELLINGER, Bert. **A fonte não precisa perguntar pelo caminho.** Patos de Minas: Atman Ltda., 2002.

HELLINGER, Bert. **Ordens do amor.** São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda., 2001.

HELLINGER, Bert; HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações Familiares: O reconhecimento das ordens do amor.** São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda., 2006.

IPÊ ROXO. **Os campos mórficos de Rupert Sheldrake e a Constelação Familiar.** Ipê Roxo, 13 nov. 2019. Disponível em: https://iperoxo.com/2019/11/13/os-campos-morficos-de-rupert-sheldrake-e-a-constelacao-familiar/. Acesso em: 21 ago. 2020.

MENDES, Ana Tarda dos Santos; LIMA, Gabriel Nascimento. **O que vem a ser Direito Sistêmico?** Jus, 2017, Teresina. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/54930/o-que-vem-a-ser-direito-sistemico. Acesso em: 21 ago. 2020.

ORDER4U. **A constelação na mediação de conflitos e o Direito Sistêmico**. Villa do Bem, 2019, São Paulo. Disponível em: https://villadobem.com.br/mediacao_conflitos_oque/. Acesso em: 22 ago. 2020.

ORDER4U. **Constelação Sistêmica Familiar:** o que é e como funciona? Villa do Bem, 2019, São Paulo. Disponível em: https://villadobem.com.br/constelacao_familiar_oque/. Acesso em: 22 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")**, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 21 jun. 2020.

ROSA, Amilton Plácido da. Direito Sistêmico: A justiça curativa, de soluções profundas e duradouras. **Revista MPE Especial**, Campo Grande, 24 jan. 2014. Disponível em: https://issuu.com/mthayssa/docs/revista_final_site2/50. Acesso em: 16 jun. 2020.

SCHMIDT, Cândice C.; NYS, Cristiane Pan; PASSOS, Lizandra dos. **Justiça Sistêmica: Um novo olhar do judiciário sobre as dinâmicas familiares e a resolução de conflitos.** Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/centro_de_estudos/horizontes/constelacoes_familiares_artigo.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

STORCH, Sami. **Direito sistêmico é uma luz no campo dos meios adequados de solução de confitos.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 20 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-20/sami-storch-direito-sistemico-euma-luz-solucao-conflitos>. Acesso em: 20 jun. 2020.

STORCH, Sami. **Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos.** Direito Sistêmico, 19 mar. 2014. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/. Acesso em: 21 jun. 2020.

STORCH, Sami. **Publicado artigo sobre as primeiras experiências com constelações no judiciário.** Direito Sistêmico, 23 ago. 2016. Disponível em: https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/. Acesso em: 21 jun. 2020.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis.** São Paulo: Forense Ltda., 2018.

TESCAROLLI, Lilian; GONÇALVES, Fernando AB. Leis Sistêmicas. **Carpes Madaleno**. Disponível em: http://www.carpesmadaleno.com.br/gerenciador/doc/09e7d4994e8515df65380e9e0a690b48leis_sistemicas.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

4

A CULPABILIDADE EM MEIO AOS AVANÇOS DA NEUROCIÊNCIA

Lucas Pieper Nich[1]
Andrey Henrique Andreola[2]

RESUMO: Uma reedição do Lombrosionismo se faz presente na sociedade atual, através dos avanços da neurociência uma vez que se desenvolvem estudos para determinar padrões de comportamento, tendo como campo para pesquisa a mente humana. Tais estudos, buscam identificar candidatos propícios a cometerem determinados crimes e assim evitar com que o ato criminoso se concretize, sem precisar esperar que haja a ação do agente para punir, implantando medidas de segurança que trariam benefícios à sociedade, mediante mais eficaz controle dos "criminosos". Desta forma, o presente estudo visa entender tais pesquisas sobre a mente humana correlacionando-as com os estudos de Lombroso, por meio de uma abordagem teórica voltada a estudos de intelectuais da área, vez que estes procuram definir padrões por meio de estudos com diversos indivíduos com o intuito de impedir ocorrência de delitos com base no autor do fato. Busca também, correlacionar estes estudos e sua aplicação, uma vez que o princípio da culpabilidade é o livre arbítrio. Após, constatou-se que, na sociedade contemporânea, os ensinamentos de Lombroso refletem de forma significativa em estudos mentais de pessoas que apresentam um certo padrão indicativo para cometer um crime. A pesquisa é bibliográfica, e foi realizada por meio do método indutivo.

Palavras-chave: Escola Positiva. Lombroso. Punição. Determinismo. Neurociência

---

[1] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI *Campus* de Erechim, Rio Grande do Sul. Email: lucasnich99@gmail.com
[2] Andrey Henrique Andreolla. Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. Email: andreyandreolla@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

As ações humanas, conforme a medicina, provém todas do cérebro. Uma vez em que isso é disposto em livros base para que se estude o ser biológico, encontra-se a seguinte dúvida: existe um crime que se desenvolve sem o pensar do ser humano?

O cérebro humano é responsável pela atividade anterior à ação, já que existe uma atividade cerebral de 0,8 segundos, aproximadamente, para que tal ato seja realizado (LIBET, 1979). Então, pensar que o ser humano age por emoções, seria algo que iria contra os princípios da medicina, onde ações dependem do querer ou não de cada pessoa. Porém, este pensamento sobre a ação que virá, se apresenta no subconsciente, onde não se tem a noção do pensamento, deste modo, sendo impossível controlar tal ato, podendo-se julgar, por isso, o mesmo como espontâneo e motivado pela emoção.

Sendo assim, desenvolvem-se estudos sobre o que leva o subconsciente formular essa ação e transmitir tal comando para a parte motora em poucos milésimos de segundos.

Nesse viés determinista (porém, é claro, ainda sem o conhecimento acima detalhado), Cesare Lombroso em seus livros *O Homem Criminoso* (1889) e *A Mulher Criminosa* (1895), defendeu no passado a tese de que aspectos físicos predispostos definem um indivíduo propício a cometer o crime. É dizer: aspectos da aparência, elencados em tópicos, formavam uma base para estudar, e prevenir crimes que viriam acontecer.

Desta forma, sanções eram impostas a pessoas, que, conforme ideias de Lombroso, principal nome da Escola positiva[1], eram ameaça para a sociedade. Essa punição se dava a pessoas de determinadas características, pois os livros trazem particularidades distintas para diversos delitos correlacionando com os indivíduos que tinham grande chance de vir a cometê-los.

O tempo passou e tais preceitos caíram no esquecimento. Porém, alguns estudos buscam ressuscitar tais posições.

Neste sentido, o presente artigo busca verificar quais são as novas ideias "deterministas" baseadas no desenvolver da neurociência e a partir disso, analisar a possibilidade de integrar esses estudas na pratica da culpabilidade penal e, através da pesquisa literária, desenvolver um pensamento sobre a utilização das ideias que partiram de Lombroso, na sociedade atual.

1 O ESTUDO DE AÇÕES CRIMINOSAS NA HISTÓRIA

A escola positiva, surgiu no contexto de um desenvolvimento das ciências sociais, dentre elas a antropologia e a psiquiatria. Deste modo, foram desenvolvidas novas formas de lidar com a questão da violência, revelando, uma base de estudos para a criminologia. Ao contrário da escola clássica, a Escola positiva, visava o bem comum acima do indivíduo sendo assim, opôs a necessidade de defender o meio social das atitudes violentas que aconteceriam (BITENCOURT, 2000)

Portanto, a Escola positivista e os juristas que dividiam do mesmo pensamento, mudaram a visão do ser humano, no uso de suas faculdades mentais para

---

[1] A Escola positiva, nasceu após o desenvolver de estudos biológicos e sociológicos, que visavam entender quem cometeria um crime, conforme seus aspectos físicos. Para Luiz Régis Prado, esta teve influência da doutrina evolucionista, materialista, sociológica, fenológica e fisionômica (PRADO, 1999). Desta forma, a Escola positiva, se opôs ao homem racional, no exercício de seu livre arbítrio. Como citou Lélio Braga Calhau: "O positivista sustentava que o delinquente se revelava automaticamente em suas ações e que estava impulsionado por forças que ele mesmo não tinha consciência" (CALHAU, 2008)

exercer a liberdade de escolha e sustentavam que o indivíduo, de forma voluntária, iria apresentar-se na sociedade, por meio de suas atitudes, como um delinquente, de modo, que isto era impulsionado por forças internas, as quais, ele mesmo não dominava (RABUFFETTI, 1999).

Neste cenário, o médico Cesare Lombroso, em uma autopsia de rotina, observou que o cérebro de um cruel delinquente, da Região da Calábria, continha traços que ultrapassavam padrões normais, este continha uma endentação incomum em sua base, semelhantes ao cérebro, mas menor e situada sob os dois hemisférios maiores do cérebro (RAINE, 2015).

Raine (2015), em sua obra, explica que, para Lombroso, existiam dois pontos os quais fundamentavam sua teoria: no cérebro de um criminoso, havia uma base para cometer um delito e que esses delinquentes eram, um retrocesso primitivo, que não haviam evoluído. Ele ainda coloca, que esses indivíduos podiam ser caracterizados por "estigmas atávicos" – características físicas de estágios mais primitivos da evolução humana.

Lombroso desenvolveu uma distinção entre criminoso moral e habitual, ele acreditava que o impulso para o crime provinha da loucura, ocasião, alcoolismo ou da paixão do criminoso nato, e este, não tinha possibilidade de reinserção na sociedade ou reabilitação, pois tornaria a cometer o crime pois este adivinha de suas características físicas e hereditárias. Sendo assim, exteriorizou sua ideia no livro *O Homem Criminoso,* o qual explana sobre a propensão de todos os seres vivos racionais ou não, à violência (PIAZZETA, 2020, p. 27)

Derivado das teorias e estudos de Lombroso, Rafael Garófalo desenvolveu a ideia de que o crime estava no criminoso, e esta se desenvolveria como uma degeneração do indivíduo. Desta forma, através destes pensamentos, criou o conceitos de probidade e de piedade[1] que seria o propulsor do delinquente e a proporção de maldade que deve se temer em face destes. Ele argumentava que se é preciso desenvolver um meio de prevenir os delitos pelas sansões, estas não deveriam ser adaptadas apenas a gravidade do delito, mas sim a "temibilidade" do agente (MECLER, 2010)

Um longo processo ligado ao surgimento da Fisiognomia[2] a da Frenologia[3] no século XIX (TWINE, 2002; MÉRIDA, 2009) antecedeu a eclosão do paradigma "sujeito cerebral" e a descoberta do *Locus* das emoções no cérebro (DAMASIO 2003). Portanto, tal ideia de estudar a mente das pessoas, se deu por estudos desenvolvidos por Gall e se discípulo Spurzheim onde os mesmos mapearam regiões anatômicas do cérebro responsáveis por falhas e virtudes, deste modo, servindo de ponto inicial para estudar a mente e determinar delitos futuros. Mesmo que os estudos se baseassem em estruturas físicas, como o tamanho e formato do crânio, não tiveram muito sucesso nesse apontamento de indivíduos (RENNEVILLE, 2000). Entretanto formaram uma

---

[1] Segundo sua tese, Garófalo, coloca que probidade e piedade seriam os dois sentimentos básicos e naturais em uma sociedade. Ele acreditava que apenas no caso de estes sentimentos se desenvolverem, as sociedades teriam o delito como aquilo que os fere. Os delitos que afetam a vida ou a saúde lesam a piedade e os que lesam a probidade (justiça), são aqueles que atentam contra a propriedade da vítima (ANITUA, 2008, p. 314)

[2] Fisiognomia é a ciência que "Reside no estudo da personalidade a partir dos traços da cabeça e do rosto. Em escritos científicos de ordens e origens diversas, procurou-se estabelecer a ligação da parte externa do corpo às qualidades morais da alma; entender o interno, abstrato e psicológico a partir do estudo do externo, material e visível. A expressão na superfície do corpo, mais especificamente do rosto, seria, portanto, manifestação de elementos experimentados internamente. Assunto de cientificidade, mas também de sociedade e cultura, a fisiognomonia é a "base da civilidade, pois a conduta e os modos do homem estão definidos por uma equivalência entre o homem 'exterior' visível e um homem 'interior' escondido" (COURTINE; HAROCHE, 2007, p. 24).

[3] Entende-se por Frenologia: "O estudo da conformação do crânio como indicativo de faculdades mentais e traços de caráter, especialmente de acordo com as hipóteses de Franz Joseph Gall (1751828), um médico alemão, e adeptos do século XIX como Johann Kaspar Spurzheim (-1776–1832) e George Combe (1788–1858) (RENNEVILLE, 2000)

espécie de localizacionismo pseudocientífico (ARREGUY, 2010). O movimento Fenológico, como afirma Ortega (2006, p. 104) formulou questões corretas, mas com a tecnologia errada.

Nesse ínterim, percebe-se que o século XIX trouxe para sociedade estudos sobre indivíduos, na procura de resolver crimes os quais eram misteriosos para época. Vários estudiosos, como Foucault (1974-5) em seu seminário *Os Anormais* e sua ideia de Biopolítica, colocaram seu pensamento baseado no sujeito não aceito pela sociedade, como aquele que comete crimes e abala a estabilidade da mesma, e como governo, a partir do conceito de governamentalidade[1], controla tais indivíduos (RADOMSKY, 2015). Ele ainda critica este posicionamento ao desenvolver sua filosofia utilizando como exemplo a Nau dos Loucos procedimento utilizado para excluir a pessoa com distúrbios da sociedade, fazendo referência direta com os meios usados para a diminuição dos casos de lepra na idade média. Foucault entendia que as viagens as quais os "loucos" estavam submetidos poderiam ser como exclusão ou expulsão por meio de ritos sociais, tendo um sentido de viagem do além onde não existiria volta. (DÍAZ, 2012). Associando a loucura com a delinquência e o crime, por isso, em defesa da sociedade, a vida passou a ser mais vigiada e então era necessário definir quem isolar ou não, quem era louco e quem viria a ser um criminoso (PEREIRA, 2008).

Se, as ideias de Lombroso, rotulavam pessoas como criminosas, uma vez que tais aspectos físicos, em tese, taxavam o criminoso por sua cor de pele, profissão e renda, nos tempos atuais, não se coloca mais a face da pessoa em questão, mas sim, o que está em sua mente, seus estímulos cerebrais, em algumas circunvoluções corticais ou no fluxo de neurotransmissores em determinadas regiões anatômicas do cérebro. Pode-se apontar, então, um ressurgimento do Lombrosionismo, uma vez que se busca nos indivíduos padrões, que agora, não visam sua heretariedade, mas sim anatomia interna e funções neurais. Uma vez estudadas, definem o que se coloca como padrão de comportamento violento para ancorar um fundamento etiológico do crime. Assim, supostamente, seria capaz de identificar candidatos a comportamentos violentos, o que se coloca como emoção, algo que pode se sustentar como uma patologia, ou seja, uma anomalia neural que "justificaria" tal crime. (ARREGUY, 2010).

Então, determinar um crime como hereditário serial algo precoce sem antes estudar a mente da pessoa. Por isso, faz-se para tal corrente, necessário o estudo de indivíduos, os quais cometeram delitos para que se preencha uma base de dados que futuramente seria usada como referência para justificar a maior propensão ao cometimento de determinados crimes.

Infere-se que o estudo das atividades neurais, como colocado anteriormente, não apenas deixaria de aplicar um castigo para alguém com doenças e alterações mentais, como também desenvolveria uma base de dados para que pudesse estudar os padrões nas pessoas, visando seu comportamento em dias normais na sociedade e em situações que produzem um grau elevado de estresse e assim, prever e evitar crimes

---

[1] "Por esta palavra, 'governamentalidade', entendo o conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por principal forma de saber a economia política por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Em segundo lugar, por 'governamentalidade, entendo a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de 'governo' sobre todos os outros – soberania, disciplina – e que trouxe, por um lado, o desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo (e, por outro lado), o desenvolvimento de toda uma série de saberes. Enfim, por 'governamentalidade', creio que se deveria entender o processo, ou antes, o resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco 'governamentalizado'". (FOUCAULT 2008, p. 143-144.)

que desestabilizam a ordem social e a integridade da pessoa humana, numa espécie de *Minority Report* [1] da vida real

2 EVOLUÇÃO DE IDEIAS LOMBROSIANAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Nos tempos de Lombroso, este era definido por suas características, determinado por sua genética, um criminoso nato, que não teria como fugir do ato de cometer o crime. Junto a este pensamento, desenvolveram-se estudos e teorias do que levaria o ser humano, cometer um crime. Por exemplo, a teoria Freudiana[2], coloca que essa vontade de praticar a ação criminosa provinha de conflitos internos dos quais o indivíduo sofria. Segundo esta teoria, se grande parte da energia for necessária para a realização de determinado objetivo a mesma não estaria disponível para realizar uma conduta diversa (DALGALARRONDO, 2000). Por outro lado, a Escola sociológica, descrita por Shecaira (2012), colocava que o indivíduo era influenciado pela sociedade, como por exemplo o meio que viviam e as relações que estabeleciam.

Porém, na sociedade contemporânea, estas ideias supracitadas, servem como princípios, pois, o modo de identificar indivíduos infratores se dá ao analisar seu desenvolvimento comportamental no meio social. Tendo como exemplo *Seriais Killers*[3], estes são estudados a fundo por especialistas que se baseiam no agir íntimo de cada um, e, por consequência destes estudos, foi possível caracterizá-los em 4 tipos. Os *Visionários* são aqueles que perdem a noção da realidade com alucinações ou ouvindo vozes inexistentes ordenando que cometam o crime. Os *Missionário*, que buscam eliminar pessoas indignas ou imorais na sociedade como por exemplo garotas de programas ou maridos infiéis. Os *Emotivos*, que agem pelo prazer de ver a vítima agonizar de dor. E o mais comum de todos, o *sádico*, que dirige suas ações à vítima com intuito de sentir prazer sexual, comportando dentre estas ações o canibalismo e necrofilismo (CASOY, 2008).

Deste modo, é possível enxergar as teorias tanto da escola positiva com Lombroso como da Teoria Freudiana[4] pois cada indivíduo desenvolve suas ações em seu íntimo, porém, são ações típicas de quem é propenso a cometer ou cometeu um crime. No exemplo citado acima, os *serial killers* não são apenas identificados após o delito, mas sim, podem ser caracterizados como propensos a desenvolver esse tipo de ação por causa de comportamentos desenvolvidos em sua infância, juventude ou até mesmo na vida que levam anteriormente ao delito. Isso permite desenvolver bases de

---

[1] Como toda obra de ficção científica, *Minority Report – A nova lei* emprega convenções tradicionais do gênero, como inovações tecnológicas, mas não deixa de apresentar os velhos resquícios da política de repressão penal. Segundo a trama do filme, situado em 2054, John Anderton é o líder de oficiais de um programa denominado Pré-crime, cuja missão consiste em antecipar o cometimento do delito e capturar o infrator antes sequer do início do *iter criminis*. Além de ser questionável essa função preventiva, todo sistema se baseia nas previsões de três cognitivos: Dashiell, Arthur e Agatha, que captam as intenções dos futuros criminosos e enviam as informações para os oficiais do Pré-crime que então correm até o local e evitam a consumação deste, a vítima é salva e o possível homicida preso, mesmo que ainda não tenha praticado o crime. A trama tem lugar no momento em que está sendo discutida, por um referendo nacional, a ampliação ou não desse programa experimental de prevenção de homicídios para o país inteiro. (TICAMI, 2012; ALBUQUERQUE, 2012, retirada de documento virtual)

[2] A Teoria Freudiana, coloca, que o homem não é apenas visto pelos atos praticados, os quais são refletidos na sociedade, mas sim, por um conjunto de pulsões, complexos e experiências muitas veze inconscientes provindas de experiências vivenciadas esquecidas ou escondidas em sua psique. (PIAZZETA, 2020, p. 31)

[3] Para o Direito, um serial killer é aquele indivíduo que comete vários crimes em um espaço de tempo, geralmente seguindo um mesmo *modus operandi*. O tempo que separa um crime do outro é de pelo menos dois dias de intervalo, isso os diferencia de assassinos em massa, que são aqueles que matam uma grande quantidade de pessoas em um mesmo momento.

[4] Vide nota de rodapé 9

dados que correlacionem ações cometidas por pessoas comuns que de certo modo são propensas a cometer um crime.

Entretanto, algumas dessas ações, podem ser consideradas como um distúrbio desenvolvido pela mente por consequências de traumas ou abusos sofridos na infância ou juventude. Em seu livro *Louco ou Cruel,* Cassoy, percebe-se que 82% dos indivíduos caracterizados como *serial killer*, sofreram abusos na infância, sendo estes na forma de abandono, físico, psicológico ou até sexual (CASSOY, 2008).

Sendo assim, o estudo da mente de alguém que é propenso a realizar ou realizou algum ato típico é indispensável, pois na Lei brasileira, segundo o Artigo 26 do Código Penal de 1940, é inimputável aquele que, era no momento da ação, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, e ainda, pode-se dizer, que o Brasil, adota o livre-arbítrio, derivado da Escola Clássica. A culpabilidade, por si, está fundada neste direito de escolha que o homem possui, podendo este, escolher o caminho de acordo com o direito ou não. O princípio da culpabilidade, é de total responsabilidade do homem, onde este, dispondo de sua capacidade mental plena deve decidir, livre e corretamente entre o Direito e o injusto, sendo assim, para que seja imposta uma censura de culpabilidade contra o agente, deve-se existir a liberdade de decisão (PACELLI, 2020)

Desta forma, em termos de culpabilidade, expõe-se o indivíduo que age impulsionado pelo querer, provindo do íntimo de seus pensamentos, ciente do que repercutirá a partir dos seus atos e, aquele que age sem saber qual proporção suas ações irão tomar e qual o resultado irá se produzir, pois, muitas vezes, possui um transtorno psicológico o qual não o deixa raciocinar o que está fazendo, se sua conduta é correta ou não. No âmbito jurídico brasileiro, estes que não possuem uma razão sobre sua conduta, são chamados de inimputáveis[1].

3 A INFLUÊNCIA DA NEUROCIÊNCIA NA CULPABILIDADE

Um dos objetivos da culpabilidade, é de fato compreender a hipótese do fenômeno, analisando assim, o que levou o sujeito a cometer o fato em questão, sendo esta um fundamento material do *jus puniendi*. Desta forma, o direito penal, por sua vez, não responsabiliza o sujeito de forma objetiva, fazendo uso da expressão *nullum crimen sine culpa* (não há crime se não houver culpa). Fabio Guedes de Paula Machado, baseado nos estudos de Roxin, coloca que a culpabilidade, é a coluna vertebral tanto na imputação objetiva quanto subjetiva, pois, a culpabilidade indica critérios para punir o agente que realizou o injusto, tais como: imputabilidade, conhecimento do injusto e exigibilidade de o agente agir de maneira adversa (MACHADO, 2010)

Portanto, baseado no conceito da culpabilidade, um agente que no momento do crime, não detém conhecimento de seu quadro patológico, vem a cometer um injusto e após a consumação for submetido a um exame que mapeei a região neural responsável pela ação e tem constatado que, possui alguma deformação, este não deve ser alvo de pena, mas sim, de medidas de segurança, as quais, possam tratar o problema e não o agravar mais (AMEN, 2011).

Ao estudar Listz-Beling, Machado coloca que este considerou a culpabilidade, sendo um integrante da estrutura analítica de crime, possui um caráter psicológico, sendo que o dolo e a culpa eram apreciados pelo juiz com uma noção psicológica com

[1] Segundo o *Caput* do Artigo 26 do Código Penal Brasileiro de 1940, inimputáveis são aqueles que apresentam doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado que era, no momento da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

base no desenvolvimento das ações do agente antes, durante e após cometer o delito (MACHADO, 2010).

Deste ponto de vista, deve-se colocar que para instituir culpa ao agente em determinada situação, este deve agir com vontade e consciência do fato, sendo, capaz de orientar-se de forma independente para que possa realizar seu desejo chegando a um objetivo por ele planejado previamente. Portanto, com o avanço da neurociência, ficou comprovado que o cérebro humano, já se predispõe de forma ativa antes de que o agente possa ter consciência de sua vontade. (SANT'ANNA, 2015).

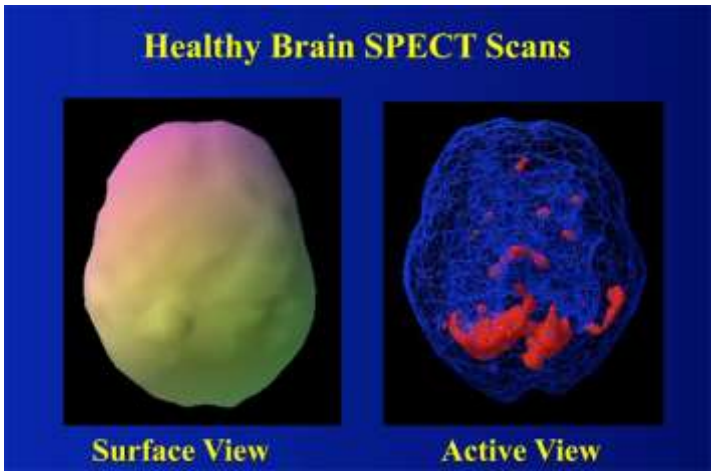
Outro ponto importante, é que a culpabilidade baseia seu conceito no livre-arbítrio, que se exterioriza como a capacidade de escolha do ser humano, podendo este optar por agir de acordo com a lei, ou não. Sendo assim, a transformação da culpabilidade, por meio dos estudos da neurociência, traz à tona a discussão de que o livre-arbítrio pode estar vinculado casualmente a uma diversidade de fatores neurológicos e assim, não seria mais livre a sua escolha e sim, uma formação desta através do tempo. (KRUGER, 2004)

Ao questionar a possibilidade de aplicar os estudos da neurociência no "caminho do crime", deve-se observar que: ao impor uma repressão, com intuito de reintegrar o indivíduo na sociedade, deve esta "pena" ser construtiva para que o mesmo possa ter essa possibilidade de reingresso no meio social, não privando de liberdade apenas, mas também desenvolvendo um tratamento para alguma patologia mental presente em seu inconsciente (AMEN, 2011). Como também, deve existir o livre-arbítrio para que o autor do injusto seja punido, pois como coloca Klaus Güinther (2005 p. 26), "Se nossas decisões, e ações são predeterminadas de maneira absolutamente causal por meio de processos neurológicos, não resta nenhum espaço para o livre-arbítrio. E se a vontade não é livre, então o autor também não pode ser responsável por um crime pois ele não poderia agir de outro modo" (GÜNTHER, 2005). Deste modo, deve-se pautar, na dúvida, pela teoria do discurso, sendo esta, aquilo que pode ser colocado ao agente de modo que este não seja prejudicado pela pena instituída. (TAVARES, 2016)

4 TRATAMENTO AO INVÉS DE PENA: UTILIZANDO O DIAGNÓSTICO SPECT

Embora, como já exposto, a ideia predominante nos dias atuais é a que tem como base os fundamentos clássicos, traços do Lombrosionismo, são observados ao utilizar uma base de dados provindas de estudos de indivíduos, onde, os mesmos apresentaram comportamento violento. O diagnóstico por tomografia SPECT[1], provinda da medicina nuclear que observar o fluxo de sangue no cérebro e utilizada pelo médico Daniel Amen em mais de 83 mil varreduras cerebrais para identificar anomalias cerebrais, trabalha com imagens da formação cerebral do indivíduo onde os resultados se dividem em: boa atividade, muita atividade ou pouca atividade. (AMEN, 1997) A baixo é possível observar um resultado obtido deste exame em um paciente em condições neurológicas normais.

[1] Por tomografia SPECT entende-se: Tomografia por emissão de fóton único.



Fonte: TEDxOrangeCoast

Essas modificações nas áreas de atividade no cérebro, podem ocorrer conforme condutas ou caso existe alguma doença interferindo na área de atividade cerebral. Amen (2011), coloca que uma simples colisão com o crânio, mesmo que despercebida pode modificar a estrutura cerebral e, consequentemente, sua atividade, modificando a forma de expressar seus sentimentos e desenvolvendo muitas vezes condutas violentas.

Deste modo, ao realizar um estudo no ano de 1996, com quarenta indivíduos que nos seis meses anteriores ao diagnostico apresentavam comportamento violento em relação a patrimônios ou até mesmo contra pessoas e também com outros quarenta pacientes psiquiátricos que nunca tiveram relatos de agressividade, onde realizou a tomografia SPECT em todos os indivíduos e leu os resultados a cegas, Daniel Amen relatou que os padrões apresentados pelo exame nos indivíduos com comportamento violente obtiveram uma diferença significativa em relação ao grupo de pacientes que nunca apresentaram atitudes agressivas. Esses achados foram mais frequentemente observados na combinação a seguir: atividade diminuída no córtex pré-frontal, atividade aumentada nas porções anteromediais dos lobos frontais, atividade aumentada do lado esquerdo nos gânglios da base e / ou sistema límbico em comparação com todo o cérebro e anormalidades focais no lobo temporal esquerdo. Tais resultados indicam um possível perfil de perfusão cerebral para aqueles que apresentam comportamento violento ou agressivo (AMEN, 1996)

Em uma de suas palestras, Daniel Amen (2013), expõe sobre o caso de um menino de 15 anos, que havia caido de uma escada com 3 anos. E mesmo que este tenha ficado desacordado por apenas alguns segudos, isto foi o suficiente para modificar sua estrutura cerebral. O psiquiatra coloca que quando teve o primeiro contato com o jovem, este acabará de ser expulso de seu terceiro programa residencial de tratamento para violência. A seguir é possivel observar a imagem que o levou a diagnosticar o menino com problemas na estrutura cerebral.

Fonte: TEDxOrangeCoast

Este jovem estava sendo privado de sua liberdade, ficando apenas enclausurado em sua residência fazendo uso de remédios tarja preta, com o intuito de melhorar sua condição e amenizar seus traços de violência. Após o diagnóstico, por parte de Daniel, este constatou que de nada adiantava deixa-lo em um programa de terapia comportamental quando o comportamento, na verdade, é a expressão do problema.

Deste modo, sabendo que modificações no cérebro, podem levar pessoas a cometer ações que muitas vezes são apenas uma manifestação de um problema e não o real problema, ele coloca que indivíduos que possuem condutas criminosas podem estar expressando uma deformação na área de atividade de seus cérebros. Após analisar mais de 500 criminosos incluindo 90 assassinos e obtendo leituras anormais na maioria, ele conclui que prisões não são a melhor coisa para impor a estes indivíduos, pois desta forma não estarão sendo ressocializados para após reingressar na sociedade, mas sim acrescentando mais raiva a seus pensamentos assim se tornando propenso a reincidência do ato criminoso. Neste pensamento, ele conclui que a reabilitação, conforme o problema, é algo eficaz na melhora do paciente Sendo certo a se fazer seria tratar os cérebros destes indivíduos e não os esquecer em buracos frios e escuros (AMEN, 2011).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no exposto acima, o presente estudo buscou identificar na sociedade atual se existe a reedição das abordagens de Lombroso e constatou que, de certa forma, essas ideias foram o ponto de partida para estudos realizados por neurocientistas. Desta forma, pode-se apontar essas ideias como percursoras, onde a evolução da sociedade e da medicina, buscou no cérebro humano, o que Lombroso e demais pensadores da Escola Positiva viam nas características dos indivíduos.

Porém, além do foco principal do estudo ser a mente humana e não mais suas características físicas, outro aspecto modificado foi a forma de pensamento sobre o crime e o ato criminoso. Ao analisar os estudos que foram base para este, constata que os autores falam em tratamento para que não ocorra reincidência, onde, ao invés de instituir medidas de segurança a pessoas propensas a cometer um crime, tenta-se tratar os problemas mentais que levaram pessoas a cometer um crime, sendo então esta, uma forma de reintegrar o indivíduo na sociedade, lhe proporcionando uma segunda chance e o mesmo terá direito ao livre arbítrio, mas, após passar por um

tratamento com foco exato no problema que ele aparenta e não sendo jogado em uma cela fria e escura com o intuito de que ele absorva aquele ambiente e por isso não voltara a cometer um delito, porém, desta forma o problema do qual sofre, tem chances gradativas de aumenta, consequentemente, levando-o a reincidência.

Ainda, além de identificar as ideias provindas de Lombroso na sociedade atual, buscou-se analisar se as mesmas poderiam ser inclusas em um ambiente social, onde existiriam padrões para represar indivíduos propensos. Porém, o Estado ao agir deste jeito, não está cumprindo com o estipulado na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XV, onde está assegurado que todos possuem o direito de ir e vir como também violaria o direito de privacidade das pessoas.

Por isso, infere-se que as ideias de Lombroso tanto quanto dos autores positivistas, contribuiu de forma teórica para sociedade contemporânea fazendo com que a neurociência se desenvolvesse com o intuito, não de reprimir alguém por dados contabilizados, mas sim, entender o porquê foi cometido o crime em questão e trabalhar a mente do agente e seus consecutivos problemas para que aquele fato criminoso não venha a ocorrer novamente.

REFERÊNCIAS

AMEN, Daneil Gregory., et al. **Jornal de drogas psicoativas**. Reino Unido: Taylor & Francis, v. 43, 2011.

AMEN, Daniel Gregory; CARMICHAEL, Blake Donald. Imagem SPECT cerebral de alta resolução no TDAH. Reino Unido: **Annals of Clinical Psychiatry**, v. 9, n. 2, 1997.

AMEN, Daniel Gregory; MARTIN, E**. Três anos em clomipramina:** Antes e Depois do Estudo do Cérebro SPECT. Reino Unido: Annals of Clinical Psychiatry, 1997.

AMEN, et al. **Anais da Psiquiatria Clinica**. Oxfordshire: Taylor & Francis, 1996.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARREGUY, Marília Etienne. **A leitura das emoções e o comportamento violento mapeado no cérebro**. Rio de Janeiro. Physis, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. ***Tratado de direito penal****: Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CALHAU, Lélio Braga. ***Cesare Lombroso****: criminologia e a Escola Positiva de Direito Penal*. São Paulo: Revista Síntese, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012

CASOY, Ilana. **Serial Killer - Louco ou Cruel?** São Paulo: Ediouro, 2011

COURTINE, Jean-Jacques; HAROCHE, Claudine. **Histoire du visage**: exprimer et taire ses émotions. Paris: Éditions Payot & Rivages, 1994.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2000.

DAMASIO, António Rosa. **O erro de Descartes:** Emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

DÍAZ, Esther. **A Filosofia de Foucault**. São Paulo: Editora Unesp, 2012. Trad. César Candiotto.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Crime e Castigo.** Porto Alegre: L&PM, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis. Vozes, 2009.

GÜNTHER, Klaus. **Responsável pelos próprios atos?** O direito penal e o conceito de culpabilidade*: uma velha discussão com novos impulsos*. Berlin: Forschung Frankfurt, 2005.

KRUGER, Jurgen. **Neurociência e livre-arbítrio**: sobre a vinculação entre a consciência e seus fundamentos neurológicos. Berlin: Politische Meinung, n. 420, 2004.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Criminoso**. Rio de Janeiro: Editora Rio – Sociedade Cultural, 1983.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MECLER, Kátia. **Periculosidade:** Evolução e aplicação do conceito. São Paulo: Revista. Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, v. 20, 2010.

MÉRIDA, Cristiane Brandão Augusto. **O Cérebro Criminógeno na Antropologia Criminal do Século XIX**: Um Estudo Sobre a Etiologia do Crime a partir da Medicalização da Sociedade**.** Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Instituto de Medicina Social, 2009.

ORTEGA, Francisco**. O Corpo Transparente**: Visualização Medica e Cultura Popular no Século XX. Rio de Janeiro: História, Ciências, Saúde Manguinhos, 2006.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2019.

PEREIRA, Mário Eduardo Costa. **Moral e a questão da degenerescência**. Revista Latino-Americana de Psicopatologia Fundamental: São Paulo, v. 11, n. 3, 2008.

PIAZZETA, Naele Oshoa. **A Mente Criminosa:** O Direito Penal e a Neurobiologia da Violência. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

PRADO, Luiz Régis**. Curso de Direito Penal Brasileiro:** Parte Geral. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999,

QUEIRÓS, Filipa. **Retratos biogenéticos no combate à criminalidade:** desafios éticos e sociais. Charleston: CreateSpace Independent Publishing, 2018

RABUFFETTI, M. Susana Ciruzzi de. **Breve ensayo acerca de las principales escuelas criminológicas**. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido, 1999.

RAINE, Adrian. **A anatomia da violência:** As raízes Biológicas da Criminalidade. Porto Alegre: Artes Médicas, 2015.

RENNEVILLE, Marc. **Linguagens dos Crânios:** História da Frenologia. Paris: Sanofi-Synthelabo, 2000.

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira**. As recentes pesquisas neurocientíficas e os seus possíveis influxos no fundamento material da culpabilidade de Hans Welzel**. São Paulo, Site Empório do Direito. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/as-recentes-pesquisas-neurocientificas-e-os-seus-possiveis-influxos-no-fundamento-material-da-culpabilidade-de-hans-welzel. Acesso em: 18/08/2020

SCHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012.

SENTO-SÉ, João Trajano de Lima. **Prevenção ao crime e teoria social**. São Paulo: Lua Nova, n. 83, 2011

TAVARES, Bruna; CARDOSO, Rafhaela. **Neurociencia e a "crise" da culpabilidade penal.** São Paulo: Site Canal Ciências Criminais, 2016. Disponível em https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/362537038/neurociencia-e-a-crise-da-culpabilidade-penal#:~:text=Sem%20d%C3%BAvidas%2C%20das%20in%C3%BAmeras%20terminologias,%C3%A9%20a%20express%C3%A30%20%E2%80%9Cculpabilidade%E2%80%9D. Acesso em: 05/08/2020

TICAMI, Danilo Dias; ALBUQUERQUE, Poliana. **Minority Report:** A nova lei e velhos devaneios repressivistas**.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2012.

5
A DEPENDÊNCIA DOS MUNICÍPIOS DA ARRECADAÇÃO ADVINDA DOS ESTADOS E DA UNIÃO

Filipe Mateus Nehring Pereira[1]
Kelin Pagliarini Daniel[2]
Evandro Dezordi[3]

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo precípuo de realizar uma análise referente à dependência dos Municípios da região do Alto Uruguai em relação à arrecadação de receitas públicas que são advindas do Estado e da União, durante o período de 2019. Para tanto, elencam-se os principais conceitos, bem como busca-se compreender de que forma que se dão as principais atribuições e competências de cada Ente Federado. Por fim, analisa-se especificamente os números de alguns Municípios da Região do Alto Uruguai. O trabalho chega à conclusão de que há grande dependências dos pequenos Municípios para com os recursos advindos dos Estados e da União. Para realização da pesquisa utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa, a qual engloba ainda artigos de revista e Internet, por meio do método indutivo.

Palavras-chave: Alto Uruguai. Arrecadação. Dependência. Municípios.

[1] Graduando do curso de Direito; 10º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Erechim; filipe.mateus.np@gmail.com
[1] Graduanda do curso de Direito; 10º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Erechim; kelin_daniel@hotmail.com
[1] Orientador; Graduado em Direito pela UPF – Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Constitucional pela URI Erechim; evandroluisdezordi@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

O problema que norteou a pesquisa pode ser expresso por meio do seguinte questionamento: o quão dependente são os Municípios perante as receitas advindas do Estado e da União?

Ao se deparar com o referido problema, formulou-se a seguinte hipótese de investigação científica: deve ser feita uma análise de todas as receitas advindas dos Estados e da União para que se visualizem as possíveis soluções para minimizar a grande dependência dos Municípios do recebimento dessas entradas.

A fim de responder a problemática utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica, documental e legislativa, e ainda, análise de artigos de revista e Internet, através do método indutivo.

A problemática que gira em torno da grande necessidade dos Municípios de receberem as receitas dos Estados e da União, para conseguirem manter os serviços necessários para a população, faz com que a pesquisa busque possíveis soluções para esse tema na sua fase de conclusão.

Isso posto, é notório que, devido às pequenas cidades não possuírem receitas consideráveis suficientes, elas se tornam sujeitas ao recebimento desses valores de fontes externas, podendo a qualquer momento serem prejudicados caso ocorra qualquer redução de arrecadação dos Entes Federados que realizam os repasses.

1 CONCEITO DE RECEITA PÚBLICA

Toda entrada ou ingresso de dinheiro que se integra ao patrimônio público sem quaisquer reservas, acrescendo ao seu vulto, sendo elemento positivo, é denominado de receita pública. Ou seja, todo incremento definitivo de bens e valores aos cofres públicos, sem condições instituídas de saída é o que se define de conceito básico de receita pública. (SABBAG, p. 2016).

Entretanto, não é todo ingresso que é caracterizado como receita pública, isso pois, a receita pública é atrelada ao definitivo. Diante disso, toda receita que passa a ser uma entrada provisória nos cofres públicos, com uma pretensão de saída não configura receita nova, sendo o oposto da receita pública. (SABBAG, p. 2016).

Elenca o autor Marcus Braham as origens da receita pública:

> Os recursos financeiros de que o Estado se utiliza – sejam eles definitivos ou transitórios nos cofres públicos – denominam-se, em sentido amplo, de receitas públicas e podem se originar: a) do patrimônio estatal: da exploração de atividades econômicas por entidades estatais ou do seu próprio patrimônio, tais como as rendas do patrimônio mobiliário e imobiliário do Estado, receitas de aluguel e arrendamento dos seus bens, de preços públicos, compensações financeiras da exploração de recursos naturais e minerais (royalties), de prestação de serviços comerciais e de venda de produtos industriais ou agropecuários; b) do patrimônio do particular: pela tributação, aplicação de multas e penas de perdimento, recebimento de doações, legados, heranças vacantes etc.; c) das transferências intergovernamentais: relativas à repartição das receitas tributárias transferidas de um ente diretamente para outro ou através de fundos de investimento ou de participação; d) dos ingressos temporários: através dos empréstimos públicos, ou da utilização de recursos transitórios em seus cofres, como os depósitos em caução, fianças, operações de crédito por antecipação de receitas etc. (BRAHAN, p.10, 2019).

Sendo assim, toda receita pública é resumida do montante total de taxas, impostos, contribuições e outros recursos, que são recolhidos pelo Tesouro Nacional,

para custear as necessidades e despesas públicas e para manter a estrutura dos serviços oferecidos à sociedade, pois as receitas incorporam o patrimônio do Estado.

2 ATRIBUIÇÕES DE COMPETÊNCIA

Conforme conceito de Harada (2019, p. 405), "competência tributária nada mais é do que a atribuição constitucional do poder de tributar às entidades políticas componentes da Federação. Abrange o poder de instituir, modificar e extinguir tributos".

Tal competência encontra previsão nos art. 145 a 149 da Constituição Federal de 1988. As possibilidades de cada Ente Federado tributar são previstas de maneira taxativa pelo Constituição, não sendo possível a instituição de tributos que não estejam previstos em seu texto (PAULSEN, 2020).

Na dicção de Paulsen (2020) a competência tributária tem como característica o fato de ser indelegável, ou seja, não pode um ente conceder a outro ente, de outro nível, a instituição, modificação ou extinção de tributos que são a ele constitucionalmente previstos. Não obstante, as funções fiscais podem ser delegadas. Isso significa que um ente pode receber o poder de regulamentar, fiscalizar e lançar tributos cuja competência pertença a ente diverso.

Pode-se classificar a competência tributária em: privativa, comum, cumulativa, especial, residual e extraordinária.

A respeito da competência privativa, Sabaag ensina que

> É o poder conferido aos entes federativos para instituir os impostos que estão enumerados na Constituição Federal. É competência privativa, na medida em que a própria Constituição já determina o rol dos impostos relativos a cada ente tributante. [...] Em resumo, competência privativa é o poder legiferante das entidades tributantes quanto à criação de tributos que lhes são genuína e exclusivamente peculiares. (2019, p. 3)

A competência comum, por sua vez, "é aquela atribuída aos entes políticos em geral [...], como a de instituir taxas pela prestação de serviços específicos e divisíveis ou pelo exercício do poder de polícia, ou mesmo de instituir contribuições de melhoria pelas obras que realizarem" (PAULSEN, p.100, 2020).

Por competência cumulativa, se entende o poder da União instituir nos Territórios Federais e do Distrito Federal em seu território, tributos tipicamente estaduais e municipais (SABAAG, 2019).

A competência especial, ensina Sabaag (2019, p. 35), pode ser definida como "o poder de instituir os empréstimos compulsórios (art. 148 da CF) e as contribuições especiais (art. 149 da CF)."

Já a competência residual "é aquela atribuída à União para a instituição de tributos sobre bases econômicas distintas daquelas já estabelecidas no texto constitucional." (PAULSEN, p.101, 2020).

Por fim, a competência extraordinária é própria da União, a qual pode instituir o imposto extraordinário de guerra e o empréstimo compulsório, modalidades de tributo provisórias e criados apenas quando presente situação de guerra declarada ou iminente, bem como em caso de calamidade pública (SABAAG, 2019).

Feitas essas considerações, faz-se necessário elencar os dispositivos constitucionais que trazem a competência tributária privativa de cada um dos Entes Federados.

2.1 Impostos de Competência da União

Os impostos que podem ser privativamente instituídos, modificados e extintos pela União estão previstos nos art. 153 e 154 da CF/88, *in verbis*:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> I - importação de produtos estrangeiros;
> II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> III - renda e proventos de qualquer natureza;
> IV - produtos industrializados;
> V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
> VI - propriedade territorial rural;
> VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.
> [...]
> Art. 154. A União poderá instituir:
> I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;
> II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação. (BRASIL, 1988)

A lista de impostos de competência privativa da União é a mais longa, se comparada com as dos demais Entes Federados. À exceção do imposto sobre grandes fortunas, a União instituiu todos os impostos descritos nos incisos do art. 153.

Os impostos de importação e de exportação, previstos nos incisos I e II do referido artigo, nas palavras de Harada (2019, p. 445), "[existem] em todos os países, têm a função de regular o comércio internacional, sempre sujeito às oscilações conjunturais".

O imposto sobre a renda, por sua vez "incide, em regra geral, sobre as rendas e proventos auferidos em determinado período. O imposto, em princípio, é de incidência anual." (REGO, 2016, p. 1.247).

Já o imposto sobre produtos industrializados

> tem como fato gerador a operação com produto industrializado. O fato gerador que desencadeia o surgimento da obrigação tributária não é a mera industrialização, como pode parecer à primeira vista, pois ela, por si só, não expressa qualquer signo presuntivo de riqueza ensejador da tributação. [...] O que é relevante juridicamente é a operação que se segue à industrialização promovendo a circulação jurídica do produto industrializado, passível de aferição econômica capaz de acarretar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. (HARADA, 2019, p. 445).

Em que pese faça referência a quatro bases econômicas, a saber "operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários" (BRASIL, 1988), o imposto previsto no inciso V do art. 153 é apenas um, conhecido como imposto sobre operações financeiras – IOF (PAULSEN, 2020).

Por fim, a Constituição prevê o imposto incidente sobre a propriedade territorial rural – ITR. Sobre o referido tributo, ensina Rego (2016, p. 830) que

> Trata-se de imposto real com nítido caráter extrafiscal que, por meio de variações de alíquota baseadas no grau de utilização da terra, busca desestimular a manutenção de propriedades improdutivas e, por outro lado, não é exigido das pequenas propriedades rurais.

2.2 Tributos de Competência dos Estados e do Distrito Federal

Os impostos de competência estadual estão previstos, por sua vez, no art. 155 da Carta Política:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre
> I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos;
> II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
> III - propriedade de veículos automotores. (BRASIL, 1988)

Segundo lição de Harada (2019), a primeira modalidade de imposto estadual que a Constituição apresenta é o imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos. Segundo lição de Harada (2019), o fato gerador do imposto em tela é a transmissão de bens ou direitos, seja por morte ou por doação.

Indo adiante, o texto constitucional prevê como tributo de competência estadual o imposto sobre a circulação de mercadorias – ICMS. Paulsen (2020, p. 425) ensina que essa modalidade é extremamente complexa, incidindo sobre diversas bases econômicas, a saber,

> operações de circulação de mercadorias; operações mistas de circulação de mercadorias e prestações de serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios; prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal; prestações de serviços de comunicação; importação de bens e mercadorias; importação de serviços.

Por fim, os Estados podem instituir o imposto sobre a propriedade de veículos automotores – IPVA, o qual tem como fato gerador a propriedade de veículo automotor de qualquer espécie (HARADA, 2019).

2.3 Tributos de Competência dos Municípios

Por fim, cabe aos Municípios a instituição, modificação e extinção dos impostos previstos no art. 156 da CF/88:

> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
> I - propriedade predial e territorial urbana;
> II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;
> III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (BRASIL, 1988)

Verifica-se, portanto, que as municipalidades possuem competência privativa de instaurar o imposto predial e territorial urbano – IPTU; o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles relativos – ITBI; e o imposto sobre serviços (ISS), também conhecido como ISSQN, por conta da expressão "serviços de qualquer natureza", utilizada pelo legislador constituinte.

3 REPARTIÇÃO CONSTITUCIONAL DAS RECEITAS TRIBUTÁRIAS.

É cediço que o texto constitucional, além de prever a competência tributária dos Entes Federados, dispõe, nos art. 157 a 162, acerca da repartição das receitas tributárias. As repartições das receitas tributárias "asseguram aos Estados e Municípios participação na arrecadação de impostos federais, bem como aos Municípios a participação também em impostos estaduais." (PAULSEN, 2020, p. 98).

A respeito do tema, Rego (2016, p. 856-857) ensina:

> A repartição de receitas é um instrumento fundamental para sobrevivência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no modelo tributário adotado pela CF/88, que, conforme já visto, atribui a competência para tributação dos signos de riqueza mais expressivos à União. Ela aparece como forma de compensação aos entes que efetivamente geram a riqueza e arcam com os custos de sua geração ou simplesmente como forma de equilibrar as perdas com a tributação apenas parcial de determinadas atividades. Também pode a repartição de receitas se apresentar como mero expediente de equilíbrio entre os entes da federação mais e menos favorecidos economicamente, sendo corolário lógico do princípio federativo.

A repartição se dá por remessa direta de parte dos valores arrecadados, ou mediante entrega, pela União, do produto da arrecadação tributária ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e ao Fundo de Participação dos Municípios, conforme previsto no art. 159, I, da Constituição Federal.

Feitas essas considerações, convém elencar em que medida se dá a participação dos Entes inferiores nos tributos de competência dos Entes maiores.

3.1 Participação dos Estados nos Tributos de Competência da União.

Nos seus art. 157 e 159, o texto constitucional estabelece qual é a participação dos Estados e do Distrito Federal nos impostos da União, *in verbis*:

> Art. 157. Pertencem aos Estados e ao Distrito Federal:
> I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
> II - vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I.
>
> Art. 159. A União entregará:
> I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:
> a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;
> [...]
> c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semiárido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;
> [...]
> II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

> III - do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico prevista no art. 177, § 4º, 29% (vinte e nove por cento) para os Estados e o Distrito Federal, distribuídos na forma da lei, observada a destinação a que se refere o inciso II, *c*, do referido parágrafo.
> (Brasil, 1988)

Na dicção de Rego (2016, p. 857), a participação de que fala o inciso I do art. 157 visa "restituir aos Estados e ao Distrito Federal, integralmente, o valor do imposto sobre a renda retido na fonte sobre os rendimentos por eles pagos, inclusive por suas autarquias e fundações", ao passo que a previsão constante no inciso II do mesmo artigo tem como objetivo "manter o equilíbrio econômico na Federação, uma vez que, atualmente, somente a União pode instituir impostos utilizando a referida competência".

Quanto ao previsto no art. 159, o autor destaca (2016) que a disposição constitucional visa o equilíbrio econômico das unidades federativas que compõe a Federação. Isso se dá mediante o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, que destina 21,5% do produto da arrecadação do IPI e do IR aos Estados e Distrito Federal, bem como mediante os financiamentos às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, conforme previsão a alínea *c* inciso III. Ambas as modalidades seguem critérios estabelecidos em Lei Federal.

Outrossim, o art. 159 estabelece, em seu inciso II, o repasse de "10% dos valores arrecadados com o IPI proporcionalmente às exportações realizadas pelos Estados e pelo Distrito Federal" (REGO, 2016, p. 862).

Por fim, o inciso III do art. 159 prevê que

> do produto da arrecadação da contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre a importação e comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, 29% deverá ser repassado aos Estados e ao Distrito Federal e distribuído na forma da lei federal que regular a matéria, com a ressalva de que o numerário arrecadado deverá ser destinado ao financiamento de pro- gramas de infraestrutura de transportes. (REGO, 2016, p. 862).

3.2. Participação dos Municípios nos Tributos de Competência da União e dos Estados.

Por fim, a participação dos Municípios nos impostos estaduais e federais está prevista nos art. 158 e 159 da CF/88:

> Art. 158. Pertencem aos Municípios:
> I - o produto da arrecadação do imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza, incidente na fonte, sobre rendimentos pagos, a qualquer título, por eles, suas autarquias e pelas fundações que instituírem e mantiverem;
> II - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto da União sobre a propriedade territorial rural, relativamente aos imóveis neles situados, cabendo a totalidade na hipótese da opção a que se refere o art. 153, § 4º,
> III - cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios;
> IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.
>
> Art. 159. A União entregará:

> I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma:
> [...]
> b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;
> [...]
> d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano;
> e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Brasil, 1988)

Nos incisos I e II do artigo em estudo, o constituinte dispõe acerca da participação dos Municípios nos tributos da União. Conforme ensina Rego (2016), inciso I repete a previsão do art. 157, I, mas agora tendo em vista o Ente Municipal. Assim, nos termos do art. 153, § 4º, III, os Municípios que optarem por fiscalizar a cobrança do ITR relativo aos imóveis de sua competência beneficiam-se com a integralidade do valor do tributo, ao passo que os demais percebem a metade do produto da arrecadação.

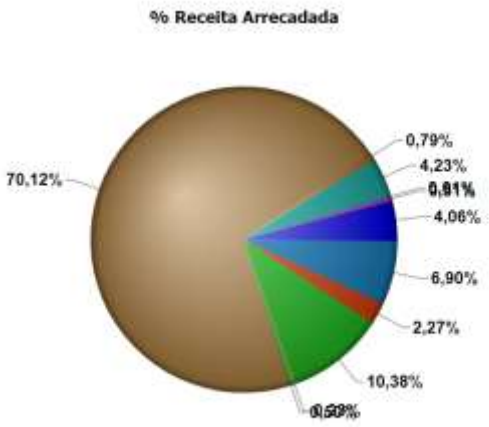
Já nos incisos III e IV, o constituinte fez constar a previsão de participação dos Municípios nos impostos de competência estadual. Rego (2016, p. 859) aponta que o disposto no inciso III "objetiva compensar os Municípios pelos investimentos necessários e custos decorrentes da fruição do exercício da propriedade dos veículos que circulam nas suas ruas, além de, à evidencia, reforçar seus caixas." De modo similar, o disposto no inciso IV visa a compensação pelos "investimentos necessários à circulação de mercadorias e às prestações de serviços que sofrem a incidência do ICMS, tendo em conta que a produção da riqueza é feita nele e exige toda uma estrutura para seu desenvolvimento."

O art. 159, por fim, prevê a existência do Fundo de Participação dos Municípios, por meio do qual a União repassa 22,5% do produto da arrecadação do IPI e do IR (art. 159, I, b), montante ao qual é somado mais 1% no mês de dezembro de cada ano (art. 159, I, d), bem como mais 1% no mês de julho de cada ano (art. 159, I, e), somando um repasse total de 24,5% do produto da arrecadação dos referidos impostos aos Municípios.

4 ANÁLISE DA RECEITA DE ALGUNS MUNICÍPIOS DA REGIÃO DO ALTO URUGUAI

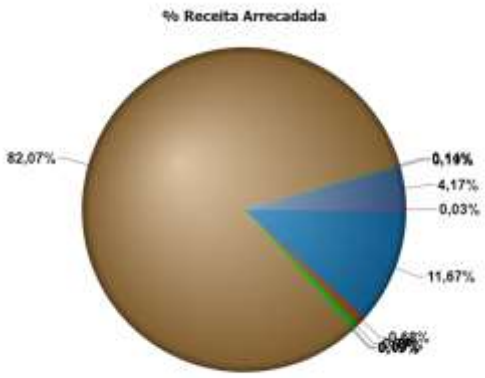
Dando sequência, com o objetivo de demonstrar a problemática que motiva o presente trabalho, elencam-se os dados referentes à distribuição e recebimento de receitas de alguns municípios do Alto Uruguai no ano de 2019, disponíveis no Portal do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul:

a) Aratiba/RS: O Município de Aratiba obteve o total de receita arrecadada no montante de R$ 62.446.512,98. Desse valor, 70,12% são advindos de transferências constitucionais e apenas 10,96% foram de tributos próprios. O restante foi dividido entre receitas diversas. Conforme mostra o gráfico a seguir:



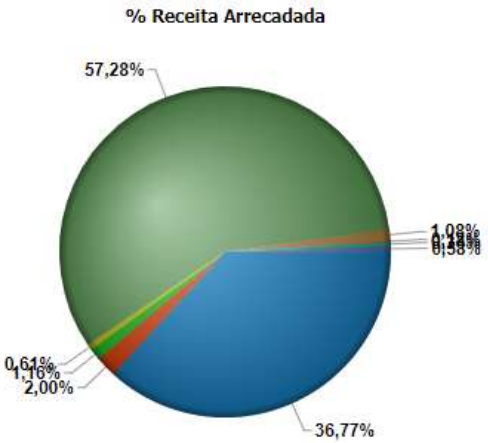
Fonte: TCE-RS, 2019.

b) Barão de Cotegipe/RS: O Município de Barão de Cotegipe por sua vez obteve o total de receita arrecadada no montante de R$ 26.047.482,20. Desse valor, 82,07% são advindos de transferências constitucionais e apenas 11,67% foram de tributos próprios. O restante foi dividido entre outras receitas. Conforme mostra o gráfico abaixo:



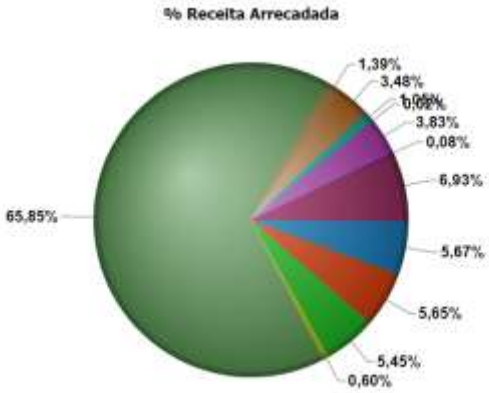
Fonte: TCE-RS, 2019.

c) Erechim/RS: Já o Município de Erechim, no ano de 2019, obteve o total de receita arrecadada no montante de R$ 162.718.550,81, desse valor, 57,28% são advindos de transferências constitucionais e 36,77% foram de tributos próprios. O restante foi dividido entre outros tipos de receita. Destaca-se aqui, que por ser um Município com população dez vezes maior do que a dos outros Municípios citados, há um equilíbrio maior entre receitas advindas dos estados e da união e das receitas próprias. Conforme mostra o gráfico a seguir:



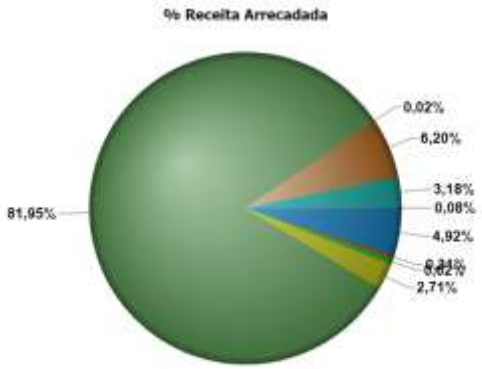
Fonte: TCE-RS, 2019.

d) Jacutinga/RS: O Município de Jacutinga percebeu no R$ 22.988.601,60, desse valor, 65,85% referem-se a transferências constitucionais e apenas 5,67% foram de tributos próprios. O restante foi dividido entre outras receitas. Conforme mostra o gráfico seguinte:



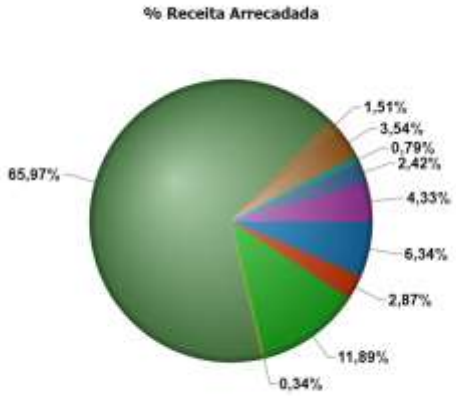
Fonte: TCE-RS, 2019.

e) Paulo Bento/RS: Já o Município de Paulo Bento obteve o total de receita arrecadada no montante de R$ 16.123.929,76. Desse valor, 81,95% são advindos de transferências constitucionais e apenas 4,92% foram de tributos próprios. O restante advém de receitas diversas. Conforme mostra o gráfico abaixo:



Fonte: TCE-RS, 2019.

f) Viadutos/RS: Por fim, o Município de Viadutos contabilizou a título de receita arrecadada o valor de R$ 25.115.288,13. Desse montante, 65,97% são advindos de transferências constitucionais e apenas 6,34% foram de tributos próprios. O restante refere-se a outras receitas, conforme mostra o gráfico a seguir:



Fonte: TCE-RS, 2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidente que os Municípios possuem uma grande dependência das receitas que advém dos Estados e da União, destacando que os Municípios menores (Aratiba, Barão de Cotegipe, Erechim, Jacutinga, Paulo Bento e Viadutos) citados na pesquisa são bem mais dependentes, não possuindo nem a independência mínima necessária.

Neste aspecto, se faz importante uma pequena comparação com a capital do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, a qual obteve em 2019, no mesmo ano de pesquisa dos Municípios acima, receita arrecadada no montante de R$ 5.119.288.067,56, dos quais 47,80% eram advindos de transferências constitucionais e 46,32% originados de receitas próprias, o que demonstra um exemplo de município que possui basicamente uma igualdade entre a repartição de receitas, não sendo

dependente das receitas do ente Estadual e da União como os demais municípios elencados.

A análise da distribuição das receitas lança luz sobre aspectos atinentes às possibilidades, e principalmente aos limites, que deverão ser impostos em uma futura reforma tributária, a qual, no contexto brasileiro, deve possibilitar a correção dessa disparidade. Percebe-se que o sistema é insustentável, uma vez que, caso a União e Estados concedem, por exemplo, qualquer tipo de isenção tributária, os Municípios acabam sofrendo indiretamente.

Assim, as tentativas de melhoria do sistema tributário nacional devem fazer com que haja a possibilidade de ampliação de participação dos Municípios, bem como a diminuição da evidente dependência dos mesmos em relação aos recursos advindo das outras Entidades Federativas.

REFERÊNCIAS

BRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530988258/cfi/6/24!/4/46/4@0:100. Acesso em: ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: ago. 2020.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020526/cfi/6/10!/4/10/2@0:46.5. Acesso em: ago. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616282/cfi/3!/4/4@0.00:7.20. Acesso em: ago. 2020.

REGO, Alexandre. Art. 153-162. *In*: COSTA MACHADO (Org.). **Constituição Federal interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. Barueri: Manole, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520451328/cfi/5!/4/4@0.00:14.5. Acesso em: ago. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário**: Método de estudo OAB. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982782/cfi/6/10!/4/12/2@0:98.8. Acesso em: ago. 2020.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva. 2016.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TCE-RS. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/inicial. Acesso em: ago. de 2020.

6
A INFLUÊNCIA DO MOVIMENTO FEMINISTA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

Letícia Bonella[1]
Maiara Silva de Oliveira[2]
Andrey Henrique Andreolla[3]

RESUMO: O movimento feminista possui inegáveis intervenções nas legislações de diversos países, sempre em busca do reconhecimento de seus direitos e a consagração da igualdade de gênero. Primeiramente, a pesquisa debruçou-se sobre o fato de que a sociedade, amparada pelo Direito Penal, estabeleceu um controle, sobre o corpo feminino, a fim de mantê-las dentro dos padrões socialmente construídos. Essas mulheres, descontentes com essa situação de submissão, organizaram-se em grupos na busca de maior visibilidade aos problemas vivenciados e o reconhecimento de seus direitos, e para isso recorreram ao Direito Penal reivindicando suas demandas, influenciando assim na edição de instrumentos legais, visando a maior proteção de gênero. Partindo desta concepção, o presente trabalho voltou-se ao questionamento acerca de quais foram os impactos causados pelo movimento feminista na legislação penal brasileira, especificamente trabalhando com a Lei nº 13.104/15, e o possível caráter simbólico destes instrumentos legais. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através da técnica bibliográfica pela análise de livros, artigos e pesquisas realizadas acerca da temática. Concluindo-se que o movimento feminista influenciou

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus Erechim/RS. E-mail: letibonella06@gmail.com
[2] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF - Campus Carazinho/RS. E-mail: maiara.oliveira15@outlook.com
[3] Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. E-mail: andreyandreolla@uricer.edu.br

na criação instrumentos legislativos penais com efeitos simbólicos, sem o condão de realmente proteger as mulheres e nem mudar as estruturas opressoras da sociedade.

Palavras-chave: Feminismo. Direito Penal. Simbólico. Feminicídio.

INTRODUÇÃO

Ao se unirem em um movimento as mulheres buscam, de diferentes formas ao longo dos anos, sua emancipação através da destruição do modelo androcêntrico de sociedade, no qual não desfrutavam de qualquer tipo de direito, sequer sobre seu próprio corpo. Levando em conta tal situação, a pesquisa parte do ponto em que, inicialmente, o direito penal era utilizado como uma forma subsidiária de controle do corpo feminino, com a finalidade de mantê-las dentro dos padrões estabelecidos pela sociedade e passou a ser o instrumento pelo qual as mulheres poderiam buscar o reconhecimento dos seus direitos.

A mulher, enquanto ser social, sempre foi alvo do controle imposto pela sociedade patriarcal, que desejava manter suas relações de dominação exercidas pelos homens. As motivações para tal comportamento são as mais variadas, desde o sistema de exploração escravagista até a construção da sociedade capitalista, o corpo feminino foi usado, por quem detivesse o poder, para fins reprodutivos, como forma de dar continuidade à força de trabalho.

A insurgência do movimento feminista trouxe reivindicações por igualdade entre os gêneros, aflorando-se as lutas pela criação de instrumentos legislativos que reconheçam que a violência contra a mulher é um problema social carecedor da atenção estatal.

A promulgação da Lei nº 13.104 de 2015, conhecida como Lei do Feminicídio, incorporou um importante marco à luta das feministas, buscando acabar com a impunidade e os altos índices de assassinatos de mulheres pela condição de ser mulher, os quais colocam o Brasil entre um dos países mais violentos do mundo. Com base nisso, a preocupação da pesquisa está voltada ao possível caráter simbólico que essa lei apresenta diante da realidade brasileira.

Ao indicar o uso simbólico do Direito Penal pelo movimento feminista não se quer aqui desmerecer o movimento e suas conquistas, mas sim questionar a viabilidade do Direito Penal como forma de proteção às mulheres, levando em consideração o papel de *ultima ratio* desempenhado pelo Direito Penal no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente trabalho, dessa forma, tem por objetivo entender quais foram as influências do movimento feminista sobre o direito penal brasileiro, apreciando as mudanças legislativas que surgiram pela intervenção das reivindicações feministas. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através da técnica bibliográfica pela análise de livros, artigos e pesquisas realizadas acerca da temática.

1 DIREITO PENAL COMO FORMA DE CONTROLE SOBRE O CORPO FEMININO

O controle sobre o corpo feminino é uma prática exercida de forma reiterada através do tempo, de formas e maneiras variadas.

Ao retornar-se ao período da escravidão, as mulheres escravas recebiam o tratamento mais conveniente para a situação em que se encontravam. Quando era necessário desempenhar um trabalho pesado eram consideradas desprovidas de gênero e trabalhavam como se fossem homens, já em outras situações eram reduzidas

à sua posição de sexo inferior, nos casos em que poderiam ser exploradas e punidas através de sua condição de mulher, uma vez que eram consideradas como reprodutoras que alimentavam o mercado escravagista (DAVIS, 2016)

Angela Davis, em sua obra, *Mulheres, Raça e Classe*, explicita como o estupro era utilizado para demonstrar a posição de superioridade ocupada pelo proprietário de escravos e o feitor:

> Como mulheres, as escravas eram inerentemente vulneráveis a todas as formas de coerção sexual. Enquanto as punições mais violentas impostas aos homens consistiam em açoitamentos e mutilações, as mulheres eram açoitadas, mutiladas e também estupradas. O estupro, na verdade, era uma expressão ostensiva do domínio econômico do proprietário e do controle do feitor sobre as mulheres negras na condição de trabalhadoras (DAVIS, 2016, p. 26).

Com a organização da sociedade em um sistema capitalista e a construção social do gênero (masculino e feminino) no patriarcado, como bem destaca Andrade (2004), implicou na divisão de espaços sociais ocupados, papéis desempenhados e estereótipos definidos para cada sexo.

Ainda há que se destacar que, em relação à esfera pública, da produção material, das relações de propriedade, do trabalho produtivo, esta ficou reservada ao homem enquanto sujeito produtivo. Já a esfera privada, da produção natural, lugar das relações familiares, destinou-se à mulher através da dominação de sua sexualidade na função reprodutora e de seu trabalho no cuidado com o lar e os filhos, demonstrada assim a dominação patriarcal (ANDRADE, 2004).

> Ainda que mais tarde as mulheres passaram a ocupar o mercado de trabalho, a lacuna deixada por elas no âmbito privada não foi suprimida pelos homens, dessa maneira, as mulheres continuaram a ser responsáveis por todo o trabalho doméstico mesmo que desenvolvendo outras atividades produtivas assim como os homens (COUTO, 2016, p. 22).

Segundo Larrauri (1994 apud CUNHA BUENO, 2011, p. 29), existem diversas forças complexas e restritivas sobre as mulheres de forma a limitar suas condutas, evitando que estas cheguem a violar as leis penais. A primeira forma desse controle é aquele estabelecido no ambiente doméstico, iniciando-se pela diferença de educação concedida à jovem e, posteriormente, sucedido pelo controle exercido pelo marido através dos maus tratos infringidos à mulher, representando o exercício do direito de correção outorgado ao homem pela ideologia do patriarcado.

Cunha Bueno (2011) reforça a ideia da incidência do controle informal sobre as mulheres, com o intuito de mantê-las no espaço privado, exercendo os papéis que lhes são atribuídos socialmente e apenas no caso em que esse controle informal falhe haveria a incidência do direito penal, como forma de controle formal, mantendo-as dentro dos padrões socialmente estabelecidos. Sobre o exercício do direito penal como controle complementar/subsidiário ao controle formal, Andrade (2004, p. 19) destaca:

> O SJC [Sistema de Justiça Criminal] funciona então como um mecanismo público integrativo do controle informal feminino, reforçando o controle patriarcal (a estrutura e o simbolismo de gênero), ao criminalizar a mulher em algumas situações específicas e, soberanamente, ao reconduzi-la ao lugar da vítima, ou seja, mantendo a coisa em seu lugar passivo.

Conforme relatado por Couto (2016), as legislações editadas durante o período colonial deixavam muito claro os papéis e a posição social do homem e da mulher, legitimando a violência praticada pelo homem contra sua esposa como forma correcional. Na mesma linha, as legislações penais subsequentes, os Códigos Penais de 1830 e 1890, apesar de criminalizarem o adultério, tanto para o homem, quanto para a mulher, não mudavam o contexto social. É dizer: a sociedade não os via da mesma forma e, diante do cenário já sabido, o adultério praticado pela mulher era mais grave. Além disso trazia a figura da "mulher honesta" como vítima nos crimes de estupro[1].

Nesse sentido, o Código Penal de 1940 manteve a criminalização do adultério e, apesar de não legitimar o homicídio do cônjuge infiel, criou a tese da "legítima defesa da honra", assim, a legislação penal permaneceu por anos legitimando as desigualdades de gênero e a violência contra mulheres (COUTO, 2016).

Baratta et al. (1999) aponta que no Brasil, a partir dos anos 1970, a criminologia começou a preocupar-se com a posição da mulher no direito penal, trazendo à tona temas como a falta de proteção frente à violência masculina e as formas específicas de incriminação feminina. Juntamente aos movimentos sociais que começaram a emergir, o feminismo sendo um deles, a criminologia passou a ser analisada por outro viés.

Diante disso, na década de 1980, o movimento passou a ter representatividade junto ao governo, resultando na Lei nº 7.353/85 que criou o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. Assim, no decorrer do processo de redemocratização do país, o movimento feminista organizou-se a fim de que as reivindicações das mulheres fossem atendidas pelo constituinte, ficando essas mobilizações conhecidas como "lobby do batom" (CUNHA BUENO, 2011).

Desde a participação do movimento feminista na estruturação da constituinte de 1988, bem como no processo de redemocratização brasileira, algumas frentes do movimento reivindicaram a negociação e participação na tomada de decisão do Estado, diante das possibilidades de produção legislativa e exigência de políticas públicas específicas, consolidando-se através da estratégia institucional a luta pela erradicação da violência sexual e doméstica contra as mulheres (MARTINS; GAUER, 2020).

---

[1] Sobre o assunto, embora o Código Penal de 1940 não traga na tipificação do crime de estupro a figura da "mulher honesta", ela estava presente nos crimes de Posse Sexual mediante Fraude e Atentado ao Pudor mediante Fraude. Uma decisão de 1993 na qual pode ser observado que o fato de a mulher ser "honesta" ainda influenciava nas decisões dos magistrados: ESTUPRO. VIOLÊNCIA FICTA. A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NO CASO DOS ADOLESCENTES EXISTE EM RAZÃO DA INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO AOS FATOS SEXUAIS, MITIGADA EM FUNÇÃO DE REGISTRO TARDIO OU CORRUPÇÃO DA OFENDIDA, DADOS INOCORRENTES NA HIPÓTESE, EM QUE A OFENDIDA E PESSOA RECATADA, DE ÓTIMO PROCEDIMENTO, DEDICADA AO ESTUDO E A FAMÍLIA. APELO PROVIDO.(Apelação Crime, Nº 693047136, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em: 19-08-1993). Assunto: 1. PROCESSO PENAL. 2. DIREITO PENAL. 3. ESTUPRO FICTO. - COMPORTAMENTO DA OFENDIDA. VALOR. - VIOLENCIA PRESUMIDA. - QUANDO OCORRE. - PRESUNCAO QUE ADMITE PROVA EM CONTRARIO. - CONTEXTO SOCIO-CULTURAL. VALOR. - IDADE DA OFENDIDA. IMPORTANCIA. - CARACTERIZACAO. VITIMA COM MAIS DE 7ANOS E MENOR DE 14ANOS. - PRESSUPOSTOS. - INEXPERIENCIA. - INGENUIDADE. 4. PROVA. CRIME CONTRA OS COSTUMES. PALAVRA DA VITIMA. - VALOR. - MULHER HONESTA E RECATADA. . Referência legislativa: CP-213 CP-224 LET-A LF-8072 DE 1990
Referência Legislativa: CP-213 CP-219 CP-222 CP-224 LET-A CP-71
Assunto: 1. DIREITO PENAL. 2. CRIME CONTINUADO. MESMA VITIMA. POSSIBILIDADE. ESTUPRO FICTO.2. RAPTO. SUJEITO PASSIVO. MULHER HONESTA. IRRELEVANCIA DA IDADE DA VITIMA.

2 DIREITO PENAL A FAVOR DA IGUALDADE: INSTRUMENTOS LEGAIS DE PROTEÇÃO DE GÊNERO

O movimento feminista empenhou-se em defender intervenções estatais, sobretudo no âmbito do Direito Penal sexual e da violência doméstica, pretendendo não mais a neutralidade de tratamento entre os sexos, chegando a defender, em alguns casos, um Direito Penal de gênero, que estabelecesse discriminações positivas em favor das mulheres (CUNHA BUENO, 2011).

> Desde a década de 70, o movimento feminista brasileiro vem lutando para obter reformas políticas e jurídicas no tratamento da violência doméstica. Neste período, várias estratégias foram utilizadas pelas feministas e vários avanços na esfera da justiça criminal foram alcançados com o estabelecimento de políticas públicas específicas (CAMPOS; CARVALHO, 2011, p. 143).

O Direito Penal sempre refletiu as diferenças de gênero e, mais que isso, vem historicamente contribuindo para a construção dessas diferenças, através de vários posicionamentos, como, por exemplo, a concepção da mulher como um ser frágil e indefeso, carecedor de proteção especial, a criminalização de condutas que ressaltam e reforçam os diferentes estereótipos de mulher, a imunização concedida aos homens quando seus comportamentos vitimam as mulheres no contexto das relações de gênero, ou, por fim, a criação de obstáculos à legitimação e valorização da palavra da mulher ao se defrontar com o sistema de justiça criminal (CUNHA BUENO, 2011).

Insatisfeito com essas condutas, durante toda a sua trajetória, o movimento feminista participou ativamente na promulgação de leis alterando o Código Penal, com o intuito de promover a igualdade material entre homens e mulheres. Alterações estas que abarcam a inclusão de novos tipos penais, a tutela dos crimes de violência doméstica, bem como a neutralização das diferenças de gênero relacionadas às vítimas no crime de estupro (CUNHA BUENO, 2011).

Baratta et al (1999) relata que, no âmbito penal, o movimento feminista se insurge inicialmente em relação à descriminalização de certas condutas, como o aborto e o adultério, além de criminalizar outras, como a violência doméstica e o assédio sexual. Ainda, demanda o agravamento de penas, quando necessária se faz tal maior reprimenda.

Dentre os mais significativos progressos obtidos pelo movimento feminista em prol da criminalização e reconhecimento por parte do Estado da violência de gênero, pode-se citar a criação das Delegacias Especializadas no Atendimentos à Mulheres vítimas de violência doméstica (DEAMs) em 1985, o reconhecimento da violência doméstica como conduta penal específica, os desdobramentos da Lei Maria da Penha, a partir da Lei 11.340/06 e a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/15) (MARTINS; GAUER, 2020).

Para este trabalho, interessa avaliar a construção e as bases da Lei nº 13.104 ou Lei do Feminicídio, promulgada no dia 09 de março de 2015, caracterizando o feminicídio como modalidade qualificadora do crime de homicídio e o incluiu no rol da lei dos crimes hediondos.

O feminicídio é caracterizado como "[...] um crime de ódio contra as mulheres, justificada socioculturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado" (BRASIL, 2013, p.2).

> Feminicídio é o assassinato de uma mulher pela condição de ser mulher, motivado geralmente por ódio, desprezo ou o sentimento de perda do controle

> e da propriedade sobre as mulheres. A Lei do Feminicídio (Lei 13.104, de 9 de março de 2015) qualificou o crime de homicídio quando ele é cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A lei incluiu também o feminicídio no rol dos crimes hediondos (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020, p.6).

A justificação para o projeto de lei do feminicídio relata que a ONU mulheres estima que, entre 2004 e 2009, 66 mil mulheres foram assassinadas por ano no mundo, em razão de serem mulheres. Já no Brasil, entre 1980 e 2010, dobrou o índice de assassinatos de mulheres, passando de 2,3 para 4,6 assassinatos por 100 mil mulheres, tais números colocam o Brasil na sétima posição mundial em assassinatos de mulheres, estando entre os países mais violentos do mundo (BRASIL, 2013).

É visível, no processo de desenvolvimento da Lei, o envolvimento das organizações internacionais não se restringindo apenas a uma pressão, mas havendo um efetivo acompanhamento durante a elaboração da lei. Oliveira (2017) refere que durante o processo de criação da lei o papel das organizações internacionais aparece com denominações diferentes, como: "recomendação", "orientação", "compromisso", "pressão externa", "exigência". Dessa forma, não fica claro o nível de interferência internacional, mas conforme a autora:

> seja como for, o fato é que a narrativa se dá de tal forma que a aprovação da lei no Brasil parece um caminho inevitável, ou, caso contrário, a situação ficaria feia para o país no contexto internacional" (OLIVEIRA, 2017, p. 96).

Os números apresentados no projeto demonstram a expressiva realidade de mulheres que são mortas, pelo fato de existirem enquanto mulheres na sociedade. Expondo a grande desigualdade de gênero desempenhada socialmente, bem como o controle social e patriarcal exercido sobre as mulheres. Em função disso, a preocupação do legislador, ao tipificar o feminicídio, era combater a impunidade dos feminicidas que se beneficiam com discursos moralmente inaceitáveis, como a justificativa de terem cometido crime passional, e também, acompanhar as mudanças que ocorriam em âmbito internacional.

> O feminicídio é a instância última de controle da mulher pelo homem: o controle da vida e da morte. Ele se expressa como afirmação irrestrita de posse, igualando a mulher a um objeto, quando cometido por parceiro ou ex-parceiro; como subjugação da intimidade e da sexualidade da mulher, por meio da violência sexual associada ao assassinato; como destruição da identidade da mulher, pela mutilação ou desfiguração de seu corpo; como aviltamento da dignidade da mulher, submetendo-a a tortura ou a tratamento cruel ou degradante (BRASIL, 2013, p. 2).

A pretensão do legislador era proteger a dignidade da vítima, afastando previamente as estratégias, realizadas pela mídia, para desqualificar as mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelos crimes de que foram vítimas (BRASIL, 2013).

Destaca-se que, o intuito não era apenas qualificar o crime, mas inserir a palavra "feminicídio" no Código Penal, para que houvesse o reconhecimento da existência do problema. Em relação ao fato de nomear esse tipo específico de crime, Oliveira destaca:

> Nomear determinados assassinatos de mulheres como feminicídio é, assim, uma forma de afirmar a existência mesma do feminicídio enquanto problema.

> Espera-se que, com a criação da lei, o entendimento do fenômeno do assassinato de mulheres a partir do nome feminicídio, com todos os sentidos daí decorrentes, imponha-se sobre as demais possibilidades de interpretar o problema – como "crime de honra", "crime passional", "homicídio", "morte de mulheres". Ao mudar a forma como é percebido o problema, isto é, a categoria que nomeia o problema, espera-se que haja uma transformação da própria realidade que ela representa. (OLIVEIRA, 2017, p. 149).

O fato de criar a lei para poder dar um nome à prática criminosa, demonstra que o intuito era provocar maior visibilidade ao problema vivenciado pelas mulheres, indo muito além de querer somente punir os agressores. Tal situação comprova o simbolismo presente desde a criação da norma até a sua aplicação, como será discorrido no próximo tópico.

3 A LEI DO FEMINICÍDIO E O DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Quando um crime choca a sociedade, como é o caso do feminicídio, movimentações demandando por mais punição e intervenção do Estado ressurgem, inclusive dentro dos movimentos sociais e, assim, o Estado responde à essa demanda agravando penas ou criando novos tipos penais. "Na prática, a ineficácia do aumento dessas penas para inibir a criminalidade e sanar a carência das medidas sociais redutoras da criminalidade é evidente" (GALDI, 2015, p. 47). A criminalização dessas condutas pode provocar uma mudança na percepção social quanto a sua gravidade, elevando esses comportamentos a posições superiores na hierarquia das condutas (CUNHA BUENO, 2011).

Segundo Hassemer (1995 apud CUNHA, 2016, p.103):

> O Direito Penal simbólico é aquele no qual as funções latentes da punição predominam sobre as funções manifestas, ou um Direito Penal do qual se espera um efeito de suas penas que vai além daquele previsto nas normas. Como funções latentes ou ocultas da sanção estariam desde a satisfação de uma necessidade de atuar sobre determinado conflito, até a pacificação da comunidade ou a demonstração de força estatal.

Couto (2016) destaca que o movimento feminista não busca, necessariamente, a punição do agressor, mas sim a declaração do Direito Penal, através da criminalização de condutas, que os comportamentos que vitimam mulheres são reprováveis tanto quanto os que vitimam homens. Buscando o reconhecimento do problema da violência doméstica os movimentos feministas demandaram pela criminalização dessas condutas.

> Entre os argumentos a favor da intervenção penal encontra-se, em primeiro lugar, o poder simbólico da criminalização de condutas. Com efeito, a criminalização de uma conduta acarreta a percepção social da sua gravidade, alçando esse comportamento à posição superior na hierarquia das condutas cuja reprovabilidade demanda uma reação mais severa do Estado (COUTO, 2016, p.87).

Nesse contexto podemos destacar o caráter simbólico da Lei nº 13.104/15, que criou a qualificadora do feminicídio. Nota-se, que a tipificação do feminicídio é "uma dessas instâncias de uso simbólico para o alcance de um ideal feminista, utilizando a pena como um meio de veiculação de sua retórica, esperando causar efeito social no sentido de reprimir a violência em razão de gênero" (FONTES; THOMASI, 2018, p.

254). Inclusive, a sua promulgação ocorreu na data de comemoração do Dia Internacional da Mulher, demonstrando o caráter representativo da norma.

Embora as leis editadas tenham proporcionado visibilidade aos grupos vulnerabilizados, o uso desses recursos punitivos tem implicações controversas em se tratando de direitos humanos, pois o aparato punitivo é em si opressor, oferecendo "uma via excludente como respostas para um ato que previamente promoveu a exclusão" (COUTO, 2016, p. 112).

> Empreender sanções penais que agem na ponta extrema do processo de assimetria de gênero, depois que a violência já foi perpetrada e vista pelo autor como via legítima de solução de conflitos, não representaria uma alternativa de solução viável a um problema que é em essência estrutural (COUTO, 2016, p.123).

Assim, Couto (2016) afirma não corresponder a um movimento que clama por libertação, demandar por mais punição e repressão. Outrossim, levando em consideração que o Sistema de Justiça Criminal é um sistema que subjugou/subjuga mulheres, legitimando as desigualdades de gênero e controlando corpos femininos com intuito de reforçar ainda mais a ideia de supremacia masculina, há a possibilidade de se estar conferindo ainda mais poder de controle à ele, tornando-se questionável sua utilização para frear condutas que se baseiam na discriminação de gênero.

> Há o receio de que a penalização das condutas que representem ataques aos direitos humanos se travista de iniciativa pessoal ou individualizada de afronta, o que maquiaria toda carga cultural por trás de opressões a grupos como negros, indígenas, mulheres, homossexuais, transexuais, entre outros. (COUTO, 2016, p. 114).

Cunha Bueno (2011) aponta a inquietação das feministas acerca da improbidade do Direito Penal para resolver os problemas da desigualdade de gênero. A autora aponta que se trata muito mais da falta de poder e de recursos, do que da falta de criminalização das condutas.

O sistema penal acaba por não ser o meio adequado para a proteção das mulheres vítimas de violência, pois exerce seu poder e impacto também sobre elas, causando, assim, o fenômeno da revitimização feminina. Nesse cenário, a mulher passa pela violência sexual e/ou doméstica e posteriormente também é submetida à violência institucional, calcada na estrutura patriarcal do SJC. (BARATTA et al, 1999).

Sobre a revitimização experimentada pela mulher ao acessar o Sistema de Justiça Criminal, Cunha Bueno destaca:

> [...] o Direito Penal duplica a violência experimentada pela vítima, na medida em que reproduz no nível das instituições públicas os preconceitos, as discriminações e os estereótipos impregnados na sociedade e nas relações íntimas (CUNHA BUENO, 2011, p. 91).

É imprescindível a discussão acerca da efetividade desses instrumentos como meio de proteção às mulheres. Mesmo com todo o esforço na edição de instrumentos para proteção de gênero, como mudanças legislativas que incluem leis mais abrangentes, criação de novos tipos penais e o endurecimento das penas, a violência permanece.

> Ressaltamos [...] o caráter simbólico do direito penal, afirmando que essa espécie de ativismo não tem efeitos reais. Como já sabemos, as leis

> criminalizadoras de natureza simbólica não se importam com a gênese delitual, nem tampouco com as estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer demanda social (SILVA et al, 2016, p. 177).

Os números de feminicídios apresentados pelo Atlas da Violência Doméstica (IPEA, 2019) e pelo Monitor da Violência (G1), demonstram que não houve um resultado satisfatório na contenção da violência. Assim, parece que, na realidade, a Lei do feminicídio não surtiu o efeito esperado. Desta forma, é de extrema necessidade que se analise o grau de efetividade das leis criminalizantes.

O Atlas da Violência publicado em 2019, evidencia um crescimento de 30,7% nos casos de homicídio de mulheres no país, no período de 2007-2017. Somente em 2017, 4.936 mulheres foram mortas, sendo este o maior índice desde 2007 (IPEA, 2019). Também, o Monitor da Violência expõe que no Brasil houve um aumento de 7,3% nos casos de feminicídio em 2019, apresentando um total de 1.314 mulheres mortas, enquanto em 2018 o número de assassinatos totalizou 1.225 (G1, 2019).

Os dados para o ano de 2020 não são melhores, em decorrência da pandemia do Covid-19 houve um aumento de 22,2% nos registros de feminicídio. O número de vítimas saltou de 117, em março/abril de 2019, para 143 vítimas no mesmo período de 2020. Tais dados foram levantados com números registrados em 12 estados brasileiros (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020).

As estatísticas acima expostas corroboram o argumento levantado a respeito do caráter simbólico trazido pelo Lei nº 13.104/15. Embora o intuito primordial de sua promulgação seja combater a violência perpetrada contra as mulheres e os casos de feminicídio no âmbito nacional, o que se vê é o aumento dos registros nos últimos anos, demonstrando-se pouco efetivo no que se compromete a fazer.

> Neste contexto, o simbolismo penal provoca na realidade um sentimento de impunidade e de ineficiência dos sistemas incriminador e punitivo, pois independentemente de novas leis, o fenômeno da criminalidade não sucumbe, tornando essa seara apenas um paliativo para os fenômenos nocivos à sociedade (SILVA et al, 2016, p. 178).

Tal observação comprova que, em sendo o Direito Penal a *ultima ratio* do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente por esse motivo, não é a via adequada para a proteção da mulher. Percebe-se que a inserção da qualificadora para o endurecimento da pena do homicídio praticado contra mulher, trouxe somente uma sensação de segurança que não alcança efetivamente a realidade social. Ademais, essa visão simbólica do Direito Penal, o agravamento de penas com a função exclusiva de exercer uma função midiática, não é compatível com os princípios e objetivos de um Estado Democrático de Direito (FONTES; THOMASI, 2018).

Por fim, cabe ressaltar que na ocorrência dessas violências, sejam sexuais, domésticas, em razão do gênero ou qualquer outra praticada contra a mulher, é importante notar que as atenções deveriam estar voltadas para a vítima, sua saúde física e mental, bem como para as estruturas sociais que ainda validam tais violências. Entretanto, o Direito Penal almeja apenas a punição do agressor, sem questionar sobre as necessidades das vítimas e muito menos provocar uma transformação social, até mesmo por não corresponder às suas atribuições essa modificação de realidade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da investigação feita neste trabalho, a qual partiu da observação de como o Direito Penal serviu de controle formal sobre as mulheres, juntamente e subsidiariamente ao controle informal - aquele praticado no seio da família, escola e outros ambientes sociais - constatou-se que muitos foram os instrumentos legais utilizados com a finalidade de manter esse arranjo social, já estabelecido no Brasil desde sua colonização, sendo reiterado e reforçado ao longo dos anos.

Percebeu-se que, no momento em que os movimentos sociais começaram a pleitear por mudanças em prol da igualdade de gênero, buscaram no Direito Penal, e no Sistema de Justiça Criminal, aliados na defesa pelos direitos das mulheres. Assim, procurou-se recursos para proteger as mulheres violentadas no mesmo sistema que por décadas empenhou-se em controlar os corpos femininos, e que ainda hoje o faz.

Todavia, observa-se que, ao beneficiar-se do Direito Penal na luta pelos direitos das mulheres, o movimento feminista utilizou-se de sua função simbólica. Função esta que não se mostra compatível com o movimento que o clama, nem com o Estado Democrático de Direito. Além de distanciar-se dos objetivos do Direito Penal, o simbolismo é utilizado apenas como um meio de conscientização da sociedade acerca da problemática das violências contra as mulheres, deixando de lado a efetiva proteção.

Surge o questionamento sobre a utilização do papel simbólico no endurecimento de penas e na criação de novos tipos penais. Tal prática pode acarretar no esquecimento de que a violência sofrida pelas mulheres é estrutural e não simplesmente um problema pessoal que poderia ser resolvido com a punição de determinado indivíduo. A questão apresenta-se muito maior que isso, é necessário tratá-la como um problema social que merece a devida atenção e criação de políticas públicas para o enfrentamento, com enfoque voltado principalmente ao bem-estar da vítima e não exclusivamente na punição do agressor.

A criação da Lei nº 13.104 de 2015 é um exemplo notável do caráter simbólico dos instrumentos legais para a proteção de gênero. Começando pela data de sua promulgação, 09 de março, um dia após àquele dedicado à comemoração do Dia Internacional das Mulheres, manifestando assim sua simbologia na ideia de que o Estado está com as atenções voltadas às demandas feministas e proteção das mulheres. Contudo, as inovações trazidas por tal norma não se mostram efetivas no cotidiano. Os dados apresentados acerca das ocorrências de feminicídio no país demonstram, indiscutivelmente, que há um crescimento no número de casos de assassinatos de mulheres, ponto em que se faz necessário voltarmos nossa preocupação aos meios que estão sendo utilizados para o enfrentamento destes problemas.

Mostra-se compreensível o uso que o movimento feminista fez do aspecto simbólico do Direito Penal, considerando que pretensão era promover uma maior visibilidade ao profundo problema que é a violência enfrentada pelas mulheres. Desse modo, conclui-se que a influência do movimento feminista no Direito Penal resultou, muitas vezes, em legislações com efeitos simbólicos, sem o condão de realmente proteger as mulheres e nem mudar as estruturas opressoras. Por fim, evidencia-se que o Direito Penal é a *ultima ratio* na legislação brasileira, devendo ser invocado somente no caso de as demais instâncias falharem.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 48, maio/junho, 2004, pp. 260/290. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15185>. Acesso em: 29 junho de 2020.

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Criminologia e feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BRASIL, **Lei nº 13.104**, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 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. Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 15 de agosto de 2020.

BRASIL**. Projeto de Lei nº 292**, de 4 de julho de 2013**.** Altera o Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Senado Federal, Brasília, DF, 15 jul. 2013. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728. Acesso em: 14 agosto 2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica**: a experiência brasileira. 2011. Disponível em: <https://assets-compromissoeatitude-ipg.sfo2.digitaloceanspaces.com/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em: 29 jun.2020.

COUTO, Maria Claudia Girotto do, **Lei Maria da Penha e Princípio da subsidiariedade**: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. 2016 Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CUNHA BUENO, Mariana Guimarães Rocha da. **Feminismo e direito penal**. 2011. 180 p. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

DAVIS, Angela. **Mulheres, raça e classe**. 1ed. São Paulo: Boitempo, 2016

IPEA; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2019). **Atlas da violência 2019**. São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34784>. Acesso em: 15 agosto de 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. (2020). **Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19.** ed. 2. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 03 agosto de 2020.

GALDI, Juliana Quintino Vieira. A sociedade do risco e o direito penal simbólico. **Revista Direito** Mackenzie, ano 2014, v. 8 n. 2, p. 34-44, jul./dez. 2014. Disponível em: http:<editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7451/5459.> Acesso em: 15 ago. 2020.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. **Revista Direito e Praxis:** Dossiê "Direito à

cidade: tensões contemporâneas e horizontes utópicos", 2020, v. 11, n. 1, ed. 29, p. 145-178. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37925. Acesso em: 15 de agosto de 2020.

Monitor da Violência. G1. Disponível em: https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2020/03/05/mesmo-com-queda-recorde-de-mortes-de-mulheres-brasil-tem-alta-no-numero-de-feminicidios-em-2019.ghtml. Acesso em: 14 agosto 2020.

Monitor da Violência. Feminicídios no Brasil. G1. Disponível em: http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/feminicidios-no-brasil/

OLIVEIRA, Clara Flores Seixas de. **Do pensamento feminista ao código penal**: o processo de criação da lei do feminicídio no brasil. Orientador: Profa. Dra. Mariana Thorstensen Possas. 2017. 207 p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime. Estupro. Violência ficta. A presunção de violência no caso dos adolescentes existe em razão da incidência em relação aos fatos sexuais, mitigada em função de registro tardio ou corrupção da ofendida, dados inocorrentes na hipótese, em que a ofendida e pessoa recatada, de ótimo procedimento, dedicada ao estudo e a família. Apelo provido Apelação Crime, Nº 693047136, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Augusto Monte Lopes, Julgado em: 19-08-1993, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 23.08.2020

SILVA, Ênio Afonso Ferreira; NETO, Júlio Gomes Duarte; DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. O Feminicídio, Direitos Humanos e a Reiteração do Direito Penal Simbólico. **Revista Jurídica (FURB)**, v. 20, n. 41, p. 161-182, 2016.

THOMASI, Tanise Zago; FONTES, Luanny Corrêa. Feminicídio: feminismo e direito penal simbólico. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 6, n. 11, p. 232-257, 2018.

7
A INTERSECÇÃO ENTRE OS OBJETIVOS SOCIAIS E LIBERAIS PROMOVIDA PELA IMPLANTAÇÃO DA RENDA BÁSICA UNIVERSAL

Tatiane Lange[1]
Raquel Ribeiro[2]
Gilmar Bianchi[3]

RESUMO: O presente artigo visa a explanar, através de pesquisa bibliográfica e do método indutivo, as intersecções entre os objetivos liberais e sociais, promovidos pela Renda Básica Universal. O liberalismo é uma doutrina que defende a liberdade do indivíduo perante o Estado, nesse sentido, o papel do Estado seria unicamente disponibilizar instituições básicas de qualidade para que a sociedade pudesse crescer e evoluir de forma livre. Já o socialismo é o conjunto de doutrinas políticas que contestou as injustiças, desigualdades e irracionalidade da exploração, propondo nova ordem social teoricamente mais justa, eficiente, equitativa e abundante. Renda básica é um pagamento realizado pelo Estado aos seus membros de maneira individual, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho.

Palavras-chave: Liberalismo. Socialismo. Renda Universal.

[1] Graduanda do Terceiro Semestre de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Erechim- RS- 095425@aluno.uricer.edu.br
[1] Graduanda do Terceiro Semestre de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Erechim- RS-094580@aluno.uricer.edu.br
[1]Professor da URI-Erechim. Graduado pela UPF. Especialista pela UFSM, Mestre pela UFSC; gilmar.bianchi@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O termo "renda" aparece ao longo da Constituição Federal de 1988 mais de vinte vezes, no entanto, em nenhuma delas houve a conceituação. Gonçalves (1997 p. 170/171) afirma que "o conceito de renda não pode ficar à disposição do legislador infraconstitucional e, por outro lado, [...] não está explicitado no texto constitucional. " Assim, desempenhando seu papel de guardião da CF, o Supremo Tribunal Federal decidiu por unanimidade no RE n. º 117.887-6/SP que a expressão "renda" significa sempre "acréscimo patrimonial".

Destaca-se que há certas necessidades básicas que hodiernamente são custeadas pelos cidadãos, exceto em casos em que há o recebimento de auxílios assistenciais, como o Benefício de Prestação Continuada[1] e o Bolsa Família[2], utilizando a renda própria, sem gerar acréscimo patrimonial.

Devido a isso, visando à garantia dos direitos básicos e da possibilidade de suprir as necessidades de todos, bem como, estimular o acréscimo patrimonial e, por consequência, aumentar a receita e a circulação de recursos, muitos Países têm implementado iniciativas que objetivam a concessão da Renda Básica Universal aos seus nacionais. Tal prática é muitas vezes criticada por não estar evidenciada a intersecção entre os objetivos liberais e sociais trazidos pela RBU.

Este artigo buscará explicar, por meio de pesquisa bibliográfica e do método indutivo, como a Renda Básica Universal atende aos interesses desses dois pensamentos econômicos distintos, objetivando que a prática comumente criticada, passe a ser defendida, de modo a gerar o bem de todos.

1 O LIBERALISMO

O liberalismo é uma doutrina que surgiu no século XVII, no período das revoluções burguesas, que, tendo sido influenciada pelo iluminismo, tratou de se opor ao Estado absolutista. As teorias liberais defendem a liberdade do indivíduo perante o Estado, no campo econômico, político, social e cultural. Nesse sentido, o papel do Estado seria unicamente disponibilizar instituições básicas de qualidade para que a sociedade pudesse crescer e evoluir de forma livre, sem mais interferências estatais.

É a base do próprio Estado, cujo poder de agir é estabelecido pelo povo, criando um direito de maioria:

> O liberalismo é o princípio de direito político segundo o qual o Poder Público, não obstante ser onipotente se limita a si mesmo e procura, ainda que à própria custa, deixar um lugar no Estado em que manda, para que possam viver os que nem pensam nem sentem como ele, quer dizer com os mais fortes, como a maioria. O liberalismo é a suprema generosidade é o direito que a maioria outorga as minorias. (ORTEGA apud MACEDO, 1985, p. 22)

---

[1] É um benefício de renda, regulamentado pela Lei 8742/93 custeado pelo Regime Geral de Previdência Social, no valor de um salário mínimo para pessoas com deficiência de qualquer idade ou para idosos com idade de 65 anos ou mais que apresentam impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial e que, por isso, apresentam dificuldades para a participação e interação plena na sociedade. Para a concessão deste benefício, é exigido que a renda familiar mensal seja de até ¼ de salário mínimo por pessoa.

[2] Criado pela Lei nº 10.836/04, é um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza em todo o País. Foi utilizado um limite de renda para definir essas duas situações. Assim, podem fazer parte do Programa todas as famílias com renda por pessoa de até R$ 85,00 mensais (famílias em situação de extrema pobreza) e famílias com renda por pessoa entre R$ 85,01 e R$ 170,00 mensais, desde que tenham crianças ou adolescentes de 0 a 17 anos (famílias em situação de pobreza com crianças e adolescentes).

Aristóteles, citado por Rabuske (1999, p. 89), analisa que: "A liberdade é a capacidade de decidir-se a si mesmo para um determinado agir ou sua omissão", de modo que, ainda que utópica, a ideia base do liberalismo que visa a uma completa reforma social, na qual a sociedade seria constituída por indivíduos livres entre si que se regem pela regra da liberdade a fim de alcançar a própria liberdade, ou seja, a liberdade teria um fim em si próprio, sem nenhuma interferência de qualquer outro poder estatal.

Evidencia-se que o liberalismo, por defender a não interferência do Estado e a luta contra qualquer forma de absolutismo, sempre esteve ligado ao desenvolvimento da própria democracia em diversos países do Ocidente, promovendo os ideais de um governo limitado, respeito aos direitos individuais, incluindo os direitos civis e os direitos humanos, e a liberdade de mercado, repelindo a ação do Estado e conseguintemente combatendo o autoritarismo político.

Nessa toada, mesmo que em apertada síntese, é importante focar o liberalismo nos campos político, econômico e social. No campo político, o cidadão é detentor de direitos individuais, com ênfase nas liberdades de pensamento, de expressão, de imprensa, de religião, de trabalho, de reunião, de associação e de locomoção, e na igualdade perante a lei, sem qualquer interferência do Estado. Segundo Bobbio, o Estado liberal tem poder, mas suas funções são limitadas pelas espécies normativas, geralmente determinadas por uma Constituição.

No campo econômico, o Estado não deve interferir na produção de bens e serviços dos indivíduos. Portanto, cada indivíduo deve gerir como bem entender os meios de mercado, sem sofrer interferência alguma do ente estatal. Assim, o liberalismo econômico acabou dando grande espaço e apoio ao capitalismo, por defender e prezar pela propriedade privada. A economia se alicerça na lei da oferta e da procura.

No plano econômico, o Estado só interfere para garantir o acesso à propriedade privada, sob o lema *laissezfaire, laissezpasser*, que, traduzida, significa "deixe fazer, deixe passar", ou seja, o Estado deve deixar que os indivíduos façam por si próprios o desenvolvimento do campo econômico, sendo incumbido ao Estado apenas as funções de salvaguardar a nação e os indivíduos integrantes dela e criar instituições públicas que não possam advir da iniciativa privada. Nesse sentido, cabe citar Manoel Afonso Vaz:

> Laissez-faires, laissez-passer; lê monde va de lui-même – eis o lema apontado por Adam Smith que, na sua Investigação sobre a Natureza e as Causas da riqueza das Nações (1776), preconizava: cessem todas as medidas de limitação e surgirá por si próprio o sistema claro e simples da liberdade natural. (...) De acordo com o sistema da liberdade natural só restam ao Estado três funções para desempenhar: a) a obrigação de defender a nação contra as violações e ataques de outras nações independentes; b) a obrigação de salvaguardar todo o membro da própria nação contra ataques, mesmo legais, de todos os outros, ou seja, manter uma legislação imparcial; c) criar e manter certas instituições públicas cuja criação e manutenção não possam ser esperadas da iniciativa privada. (VAZ, 1985, p. 15).

No campo social, os liberais defendem que cada pessoa ocupa um lugar na sociedade segundo o seu esforço, embasados no mérito. Argumentam que todos devem ter oportunidades iguais, e, por consequência, suas conquistas são pessoais, fruto da dedicação. Para alguns teóricos, o progresso só se dá de fato através do liberalismo social, que é aquele que garante a todos, até às minorias, direitos individuais e de liberdade. Em suma, é pelo desenvolvimento dos aspectos sociais que a sociedade ganha, verdadeiramente, oportunidades de se alavancar economicamente.

Sabe-se que o liberalismo surgiu no Iluminismo, mas ganhou notoriedade com as Revoluções Americana e Francesa. A partir do século XIX foi fortemente combatido por ideais socialistas.

De acordo com Hannah Arendt (1951, p. 364):

> Essa massa de homens insatisfeitos e desesperados aumentou rapidamente na Alemanha e na Áustria após a Primeira Guerra Mundial, quando a inflação e o desemprego agravaram as consequências desastrosas da derrota militar, despontou em todos os Estados sucessórios e apoiou os movimentos extremistas da França e da Itália desde a Segunda Guerra Mundial.

Saltando no tempo, para o período pós II Guerra Mundial, surgiram alguns movimentos democráticos que fizeram brotar os ideais do liberalismo com uma perspectiva igualitária. Isso provocou reformulações no liberalismo clássico, concentrando-o mais na igualdade, passando a defender, que o Estado deve atuar de forma mais direta em setores de base como saúde, educação e bem-estar social, de forma que a ampliação da autoridade pública a setores privados também esteja ligada ao processo correlato de uma substituição de poder público por poder social.

Esse momento passou a ser chamado de liberalismo igualitário, provocando mudanças nas funções do Poder do Estado que predominam no mundo contemporâneo. Assim, o Estado assume o papel de garantir a liberdade aos indivíduos misturando ações no campo econômico, político e social.

2 O SOCIALISMO

O socialismo ficou conhecido no século XIX, por concepções diversas, denominadas de utópicas e de científicas, idealizadas por Marx e Engels. A concepção sociedade ideal é explicada como:

> Os sistemas socialistas e comunistas propriamente ditos, os de Saint-Simon, Fourier e Owen, etc, aparecem no primeiro período da luta entre o proletariado e a burguesia [...]. Os fundadores desses sistemas compreenderam bem o antagonismo das classes [...] mas não percebem no proletariado nenhuma iniciativa histórica, nenhum movimento político que lhes seja peculiar [...]. Substituem a atividade social por sua própria imaginação pessoal; as condições históricas da emancipação por condições fantásticas (MARX e ENGELS, 2010, p. 66)

Já o socialismo científico é o termo usado por Engels (1980) para descrever a teoria sócio-político-econômica elaborada por Karl Marx que se baseia na realidade concreta, identificando as leis que determinam as transformações da sociedade ao longo da história, bem como o seu modo de produção.

Em síntese, o Socialismo é o conjunto de doutrinas políticas que busca contestar injustiças, desigualdades e irracionalidades da exploração econômica, propondo uma nova ordem social.

3 O ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL

O Estado Social consolidou-se na segunda metade do século XX, tendo como missão buscar a igualdade entre seus nacionais. De acordo com Alcázar (1985 p.103), o fator chave dessa transformação seria a passagem do Estado monoclasse para o Estado pluriclasse.

A definição de Estado Social construída por Paulo Bonavides (1996), é de extremo valor pela sua amplitude:

> Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá aos trabalhadores e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área da iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado Social.(BONAVIDES, 1996, p.136)

Nesse sentido, infere-se que, pelos princípios do Estado de bem-estar social, todos os seres humanos possuem direito a um conjunto de bens e serviços que devem ter seu fornecimento garantido pelo Estado ou mediante seu poder de regulamentação sobre a sociedade civil desde antes de seu nascimento até a sua morte. Apesar disso, Damiano afirma que os limites estruturais da ordem social podem se manifestar nas seguintes posições:

> 1) O Estado Social tem como função assegurar os fundamentos básicos do status econômico e social adaptando-os às exigências do tempo atual e excluindo permanentemente os distúrbios para seu bom funcionamento, de modo que, em essência, está destinado a garantir o sistema de interesse da sociedade atual, da sociedade neocapitalista; 2) O Estado Social significa uma correção não superficial, senão de fundo; não factorial (parcial), senão sistemática (total) do status quo, cujo efeito acumulativo conduz a uma estrutura e estratificação social novas e concretamente a um socialismo democrático. (DAMIANO, 2005, p. 23)

Portanto, observa-se que o Estado Social, não possui uma forma única de se manifestar, mas pode ser definido como social quando fornecer a todos sem distinção seus bens e serviços básicos para a promoção da dignidade humana de seus nacionais.

4 A RENDA BÁSICA UNIVERSAL

A Renda Básica Universal é uma espécie de programa social que é defendido tanto nas políticas de direita como nas de esquerda, voltado a melhorar as condições de vida das pessoas. Não é algo novo, mas sempre foi e continua sendo motivo de constantes debates políticos. Assim, antes de avançar na questão ideológica e nos seus efeitos econômicos, é importante conceituá-la.

De acordo com Van Parijs (2000, p. 179): “Renda básica é uma renda paga por uma comunidade política a todos os seus membros individualmente, independentemente de sua situação financeira ou exigência de trabalho”.

Cassol e Reckziegel (2010) definem a renda básica como sendo:

> [...] uma renda proporcional, distribuída pelo Estado para garantir as necessidades básicas da vida. Entretanto, esse programa não delimita condicionantes como ocorre com as demais políticas públicas. Para ter acesso a essa renda extra exige-se somente a cidadania ou a residência na sociedade-

> pagante. Logo, busca dignificar a pessoa, pelo simples fato de nascer num *locus* e usufruir da riqueza gerada nele. (CASSOL, RECKZIEGEL, 2010, p. 150-151).

Infere-se das duas conceituações que a Renda Básica Universal é um instituto voltado a combater desigualdades, situações de pobreza e marginalização sociais. Nessa linha, como defesa de transferência de renda, é oportuno citar:

> A existência da exclusão social e da marginalização são consequências de vários fatores, entre eles o fato de o Estado estar muito mais a serviço do econômico do que do social no contexto contemporâneo, fazendo com que a coletividade, ou seja, a sociedade civil, seja responsável pela busca da concretização de seus direitos, tornando-se depositários da vontade soberana popular. (STURZA, RICHTER, 2010, p.64).

Outro aspecto importante é o debate sobre como esta renda pode ser efetivada, atentando para os argumentos que ela deve ser de forma universal e incondicionada, pois, o condicionamento com a imposição de critérios sociais geram custos que encarecem o programa e limitam os resultados, a exemplo dos convencionais destinados à distribuição de renda, como o da bolsa família.

> Os mecanismos tradicionais de transferência de renda, ao exigir uma série de contrapartidas e se direcionar a públicos específicos, apresentam apenas resultados em curto prazo e segmentados. Assim, é importante buscar alternativas de políticas sociais que alcancem os fins propostos e que possam abarcar todos os cidadãos, independentemente de qualquer condicionante. (LADEIRA, 2011, p. 35).

Entretanto, há que se observar duas questões importantes acerca dos meios de transferência dessa renda básica. Por um lado, existe a necessidade de não se impor condicionantes ou contrapartidas ao recebimento da renda básica universal para que ela apresente seus reais resultados como uma política social que busca reduzir a desigualdade e o nível de pobreza, atingindo a todas as pessoas, como definida pela professora Maria Ozanira Silva e Silva (SILVA, 1996, p.06), "a renda mínima é entendida como uma transferência monetária a indivíduos ou a famílias, prestada condicional ou incondicionalmente, complementando ou substituindo outros programas sociais, objetivando garantir um patamar mínimo de satisfação de necessidades básicas".

Por outro lado, o Brasil não possui, atualmente, uma estrutura orçamentária para implementar uma renda básica que seja distribuídas à absolutamente todos os públicos sem haver nenhuma espécie de filtro. O que se pode falar, nesse sentido, é acerca da possibilidade de não haverem contrapartidas, mas sim a delimitação, de forma precisa, do público a que essa renda se direcionaria, hipótese esta que exigiria sistemas qualificados de controle a fim de que essa renda realmente pudesse chegar, de forma efetiva, aos que necessitam.

5 A RENDA BÁSICA UNIVERSAL E OS OBJETIVOS LIBERAIS

Como explicado acima, os princípios atuais do liberalismo, em síntese, seguem defendendo o Estado com um Governo limitado, obviamente voltado ao regime democrático, que garante a todos, até as minorias, direito individual e de liberdade, cumprindo um papel mínimo regulador a fim de diminuir as discrepâncias sociais existentes e vir a garantir o acesso à propriedade privada.

Nesse sentido, a renda básica universal pode atuar como um mecanismo redutor, e, dependendo do modo como for incrementada, reduzir desigualdades sociais históricas que maltratam o Brasil, criando uma renda que fomente o acesso ao mínimo social, indispensável para prover alimentação, moradia, higiene, educação e saúde, sem ignorar os demais direitos sociais, previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Assim, a renda básica universal reflete diretamente no crescimento econômico, fomentando o aumento do Produto Interno Bruto, impulsionando o crescimento de bens, consumo de produtos e de serviços. Resumindo, isso é tudo que uma economia liberal almeja.

Para o pensamento liberal o trabalho dignifica o homem, ou seja, é por meio do trabalho que cada indivíduo pode encontrar a verdadeira liberdade. Se partirmos desse princípio, pode-se observar no que tange a questão econômica o fomento de uma verdadeira cadeia envolvendo o consumo, a criação de emprego e a tributação.

Quando se fala em instituir uma renda básica à população, pode-se pensar que a inserção dessa renda irá, por consequente, fomentar o consumo de bens e serviços, fazendo com que haja uma necessidade de criação de empregos e de certa forma, aumentando o pagamento de tributos pelo aumento da circulação desses bens de consumo, fomentando a cadeia econômica como um todo, ou seja, o próprio desenvolvimento da atividade econômica, promovido pela inserção da classe mais baixa no mercado, inicialmente no de primeiras necessidades, mas com expansão para os bens intermediários das empresas, como demonstrou o economista Samir CURY (Suplicy e Cury, 1994), levará a aumento na arrecadação de impostos, revertendo em recursos para o programa.

Outro ponto de extrema relevância a ser abordado quando se trata de programas que, visando à redução das desigualdades, não exigem uma contrapartida, é a fonte para o custeio de tais valores desembolsados pelo Estado. Para muitos economistas, a única forma de viabilizar a execução da renda básica seria através de uma reforma tributária, onde todo o sistema tributário fosse remanejado de forma que o 1% mais rico da população possuísse uma alíquota maior de IR e acabando com a isenção de lucros e dividendos, entre outras inúmeras formas de reajustar o sistema tributário a fim de recolher mais tributos sem que esses tenham de ser sustentados pela classe média.

A renda básica universal sempre vem acompanhada do debate acerca do Imposto de Renda Negativo, que seria uma das formas de repasse de valores às classes mais baixas da população. A proposta inicial de IR Negativo foi desenvolvida por Milton Friedman (1962).

A ideia central do IR Negativo é oferecer uma renda mínima para a população. Ou seja, seria uma espécie de piso salarial, um valor sobre o qual os habitantes de um país não poderiam ganhar menos.

Caso a renda obtida por essas pessoas não fosse suficiente para gerar esse piso, o Governo seria responsável pela distribuição de renda. É em função desse conceito que o Imposto de Renda recebe o nome de negativo: ao invés do contribuinte, quem pagaria o valor seria o erário.

FRIEDMAN (1962, fl.162), propôs o imposto de renda negativo como o mais eficaz instrumento para combater a pobreza: O procedimento mais recomendável em bases puramente mecânicas seria o imposto de renda negativo. As vantagens de tal prática são claras. O programa está especificamente dirigido para o problema da pobreza.

De acordo com Tony Walter (1989), o imposto de renda negativo teria o propósito de dar dinheiro somente às pessoas pobres. O benefício é proporcional à

pobreza, logo, à medida que a renda da família aumenta o imposto negativo é reduzido até o ponto em que a família começa a pagar o referido imposto.

Nesse contexto, a Renda Básica Universal é um importante programa político para a sociedade crescer e evoluir de forma livre, melhorando em qualidade de vida, cumprindo, com o ideal do liberalismo igualitário. Entretanto a forma como será executada na prática ainda permanece em debate, não obstante a existência de normativas que regulamentam a implementação de programas de renda básica. Teoricamente, vários economistas propõem a renda básica como uma solução e necessidade emergente, entretanto, na prática é necessário analisar a realidade de cada país, no caso do Brasil a forma mais propícia para a implementação do programa, seria mediante uma reforma tributária.

6 A RENDA BÁSICA UNIVERSAL E OS OBJETIVOS SOCIALISTAS

Em contrapartida, os objetivos socialistas se voltam ao Estado de Bem Estar Social. Assim, a Renda Básica Universal pode ser considerada a alavanca para alcançar esse Estado, na medida em que tende a reduzir as desigualdades sociais, combate à pobreza, e estimula equilíbrio nas relações de trabalho, bem como, tem consequências no acesso à educação.

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, anualmente coleta dados acerca da proporção da população abaixo da linha da pobreza nacional:

Tabela 6825 - Indicador 1.2.1 - Proporção da população vivendo abaixo da linha de pobreza nacional, por sexo			
Variável - Proporção da população abaixo da linha de pobreza nacional (%)			
Brasil			
Sexo - Total			
Ano			
2015	2016	2017	2018
23,7	25,5	26,0	25,3
Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua)			

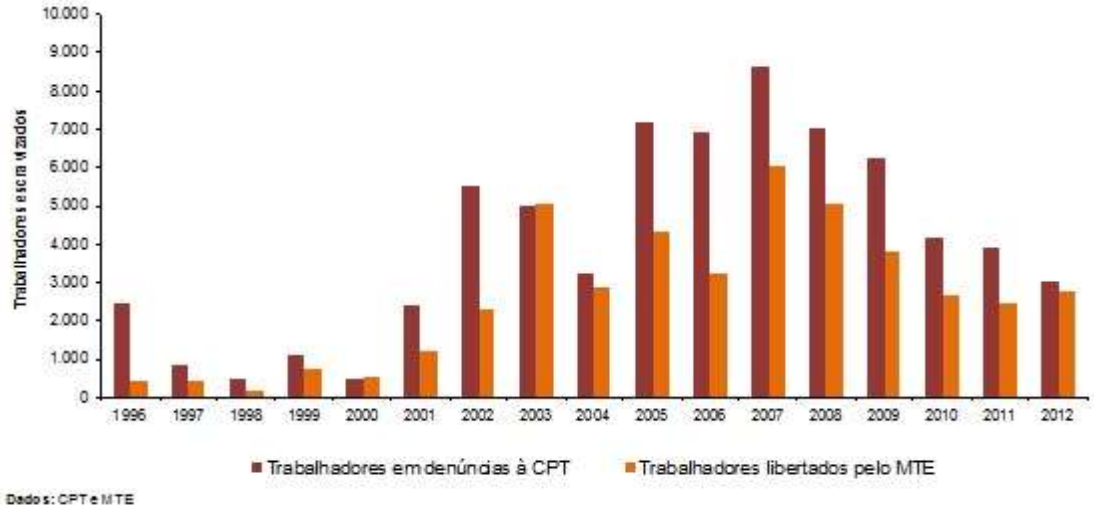
Disponível em: https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6825#resultado- Acesso em 25 de agosto de 2020

Dos dados acima, infere-se que entre 2015 e 2017, a pobreza no Brasil passou de 23,7% para 26,0% da população. Em 2018 houve uma leve redução, passando a corresponder a 25,3%.

Em tese, o valor do salário mínimo deveria ser o valor correspondente à garantia da sobrevivência de uma pessoa. Porém, na realidade brasileira, muitas pessoas se obrigam a sobreviver com valor bem inferior ao salário mínimo. Nesse sentido, a Renda Básica Universal surge como uma alternativa plausível para mudar essa situação.

A existência de regimes análogos à escravidão no Brasil Contemporâneo foi assumida pelo Governo Federal perante o País e a Organização Internacional do Trabalho em 1995 e, os dados apresentados pela Comissão Pastoral da Terra e Ministério do Trabalho e Emprego comprovam a triste realidade brasileira, conforme

compilado no gráfico abaixo que aborda os números de trabalhadores em denúncias feitas à CPT e trabalhadores libertados pelo MTE:



Disponível em:
https://journals.openedition.org/espacoeconomia/docannexe/image/804/img-1.jpg. Acesso em 25 de ago. de 2020.

Dos dados acima, conclui-se que entre 1986 e 2012 a CPT registrou denúncias sobre 165.808 trabalhadores escravizados, sendo 2.952 em 2012. Já o MTE libertou, entre 1995 e 2012, 44.425 trabalhadores, dos quais 2.750 apenas em 2012. A implantação da Renda Básica poderia alterar esse cenário, pois, se todos têm uma renda básica nenhuma pessoa irá necessitar se submeter a regimes análogos à escravidão, ademais, forneceria melhores condições para as negociações entre empregado e empregador.

Por fim, diversas pesquisas apontaram que o abandono escolar no ensino médio é influenciado pela necessidade do jovem entrar no mercado de trabalho, seja colaborando com o orçamento familiar, seja para ter o seu próprio dinheiro (ARROYO, 1993), portanto, o fornecimento da renda básica tende a diminuir os índices de evasão escolar, sobretudo dos jovens que abandonam a escola para aumentar o orçamento familiar.

7 RENDA BÁSICA UNIVERSAL EM DEBATE NO MOMENTO ATUAL

No ano de 2020, o Brasil e o mundo foram assolados pelas consequências econômicas e sociais advindas da pandemia de Covid-19. Com o surgimento da pandemia e a necessidade de iniciar uma quarentena, por óbvio, houve enormes impactos na economia de todos os países afetados.

Entretanto, não se pode comparar os impactos econômicos e sociais ocorridos no Brasil com os que acometeram em outros países, uma vez que a própria estrutura econômica, social e política de cada um interferem de maneira distinta.

Diante desse cenário, segundo dados do Senado Federal, pelo menos dois projetos de lei versando sobre a regulamentação de normas já existentes e regulamentação do programa de auxílio emergencial instituído em face do período de pandemia foram apresentados. Alguns tópicos trazidos no projeto de lei Nº 2742, de 2020, de autoria do Senador José Serra, versam sobre os fundos de custeio para

implementação do programa e sobre a ideia de unificar benefícios de programas sociais como o da Bolsa Família, por exemplo.

Há diversos debates e propostas que visam a transformar o auxílio emergencial concedido à população nesse período de pandemia, em uma renda básica fixa, que se estenda além desse período de pandemia, o que trouxe novamente à tona os debates e a clareza da necessidade de implementação de uma renda básica. Entretanto, não separado disso, surgem os questionamentos acerca da forma de custeio de tal programa.

Importante frisar que somente a unificação de programas sociais não seria suficiente para custear os valores repassados pela renda básica, exigindo, como já abordado, um remanejo no sistema tributário. Por outro lado, se a renda básica fosse realmente implementada, esta geraria um efeito dominó no desenvolvimento econômico do país através do aumento do consumo que geraria mais emprego e, por consequente, aumentaria a arrecadação de tributos que serviriam para financiar o programa de renda básica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar objetivos sociais e liberais, pode-se notar que a ideia da renda básica universal serve a ambos e se aproxima de suas premissas. Por um lado, os objetivos liberais entendem que o Estado deve atuar de forma mínima na sociedade a fim de lhe garantir e proporcionar o mínimo, evitando discrepâncias e desigualdades.

O Estado liberal deve proporcionar condições básicas ao cidadão, que visem a sua dignidade como pessoa e é justamente nesse ponto que a ideia da renda básica universal se faz presente de forma a prover uma renda que seja capaz de suprir as necessidades em comum de todos os cidadãos, além de proporcionar melhores estruturas básicas de desenvolvimento, como saúde, educação e trabalho.

O interesse social, até mais que o liberal, se associa a ideia da renda básica universal como mecanismo de condução a igualdade e justiça social. Para os defensores do interesse social, a renda básica significa a proporção de melhores condições que propiciam a igualdade e evitam condições precárias de trabalho.

Em síntese, ao analisar a Renda Básica Universal –RBUconstata-se que ela, tecnicamente, funciona como uma espécie de fator que desencadeia uma série de benefícios à sociedade, seja oportunizando acesso aos direitos basilares, fomentando o consumo e, consequentemente incrementando com maior solidez o aumento do Produto Interno Bruto-PIB do País, com reflexos positivos nas áreas econômicas, sociais e culturais, alicerçando a concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da miséria, redução de desigualdades, o bem de todos, eliminando o ambiente para a prática de preconceitos e discriminações.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **The Origins of Totalitarianism.** Nova Iork: Schocken Books, 1951.

ARROYO, Miguel G. **Educação e exclusão da cidadania.** In: BUFFA, Ester (Org.). Educação e cidadania: quem educa o cidadão. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 05 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 8742, de 7 de Dezembro de 199**3. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em 05 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 10836, de 9 de Janeiro de 2004**. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.836.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e Liberalismo.** São Paulo: Editora Brasiliense, 1988.

BONAVIDES , Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** S ã o Paulo: Malheiros, 6a ed., 1996.

CASSOL, Sabrina; RECKZIEGEL, Tânia Regina Silva. **O programa renda básica de**
cidadania: uma política pública de inclusão social ou mais um programa social? In:REIS, Suzéte da Silva; PORTO, Rosane T. Carvalho; COSTA, Marli M. Moraes da (Org). Direito,cidadania& políticas públicas IV, Curitiba, v. IV, p. 147-208, 2010.

DAMIANO, Henrique. **O estado Social e o Reconhecimento dos Direitos Sociais.** Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/106049/2005_damiano_henrique_estado_social.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 08 de maio de 2020.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Chicago. 1962

GIRARDI, Eduardo Paulon *et al.* **Mapeamento do trabalho escravo contemporâneo no Brasil**: dinâmicas recentes. Disponível em:https://journals.openedition.org/espacoeconomia/docannexe/image/804/img-1.jpgAcesso em 25 de ago. de 2020.

GONÇALVES, José Artur Lima. **Imposto Sobre a Renda**: pressupostos constitucionais. Editora Malheiros. Ano de 1997. Página nº 170/171.

HABBERMAS, Jurgen. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Trad. Flávio R. Kotche. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. **Proporção da população vivendo abaixo da linha de pobreza nacional, por sexo**. Disponível em https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6825#resultado. Acesso em 25 de agosto de 2020.

LADEIRA, Francisco Fernandes. **Renda básica de cidadania e desenvolvimento social**: um estudo sobre a atuação da ONG ReCivitas na comunidade Quatinga Velho. Disponível em http://www.artigocientifico.tebas.kinghost.net/uploads/artc_1312743026_72.pdf Acesso em 24 de outubro de 2019.

LEAL, Rita Maria Moura. **Programa de garantia de renda mínima nas finanças públicas**. 1999. 210 f. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação da FGV/EAESP, São Paulo, São Paulo, 1999.

MACEDO, Ubiratan Borges de. **Liberalismo e justiça social**. São Paulo: Ibrasa, 1995.

MARX K. e ENGELS F. **Manifesto comunista.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2010

MONTANER, Carlos Alberto. **O que é o liberalismo?** Disponível em: http://www.imil.org.br/artigos/o-que-liberalismo/. Acesso em 15 de janeiro de 2020.

RABUSKE, A. E. **Antropologia filosófica**. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 87-95.

REIS, Tiago. **Laissezfaire**: o que é a expressão fundamental do liberalismo. Sunoresearch, 2019. Disponível em https://www.sunoresearch.com.br/artigos/laissez-faire/. Acesso em: 20 de outubro de 2019.

SILVA, Marcelo Lira. **Os fundamentos do liberalismo clássico**: A relação entre estado, direito e democracia. Disponível em: http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/aurora/article/view/1710/1445. Acesso em: 19 fev. 2020.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da Justiça de John Rawls**: entre o liberalismo e o comunitarismo. São Paulo, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/trans/v30n1/v30n1a11.pdf. Acesso em 13 de Dezembro de 2019.

STURZA, Janaína Machado; RICHTER, Daniela. **Movimentos sociais e democracia**: uma releitura necessária para a busca da políticas públicas e exercício da cidadania. *In*: REIS, Suzéte da Silva; PORTO, Rosane T. Carvalho; COSTA, Marli M. Moraes da (Org). Direito, cidadania & políticas públicas IV, Curitiba, v. IV, p. 147-208, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 2588-1. Disponível em: http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/ADI2588MA.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

VAN PARIJS, Philippe. **Renda básica**: renda mínima garantida para o século XXI? São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo,v. 14, n.40, p.179-210, Dec. 200. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300017&lng=en&nrm=iso. Acesso em 18 de Out.de 2019.

VAZ, Manoel Afonso. **Direito Econômico**: A Ordem Econômica Portuguesa. Coimbra: Coimbra, 1985.

VITA, Alvaro de. **Liberalismo, justiça social e responsabilidade individual**. Dados vol. 54 no. 4 Rio de Janeiro 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582011000400003. Acesso em 13 de Dezembro de 2019.

8

A LEI N.º 11.101/2005 E O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

Alessandra Regina Biasus[1]
Bethânia Pasa Delabeta[2]

RESUMO: O atual estágio de desenvolvimento só pôde ser alcançado graças ao empreendedorismo e à pesquisa, na busca de soluções para as necessidades das pessoas, o que exige investimento e, por consequência, crédito. Entretanto, há inúmeras questões, endógenas e exógenas que podem afetar severamente a saúde de uma empresa. Empresas convalescentes necessitam de tratamento, e, no âmbito jurídico, o protocolo brasileiro, anteriormente orientado pelo Decreto-lei n.º 7.661/45, foi atualizado pela Lei n.º 11.101/2005, fundado no princípio da preservação da empresa. Como essa mudança de paradigma foi influenciada pelo princípio constitucional da função social da empresa é a problemática sobre a qual se debruça o presente estudo bibliográfico. A partir de um breve apanhado histórico busca-se demonstrar a evolução das formas de solução de conflitos entre credores e devedores a fim de se entender o impacto gerado pela mudança legislativa. Do presente estudo, extrai-se a importância do princípio de preservação da empresa ante a função social a ela atribuída pela Constituição Federal e a importância de sua utilização de forma equilibrada pelo Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento de sua finalidade.

[1] Especialista em Direito na Gestão Pública pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim, advogada e professora da disciplina de Direito Empresarial III na URI – Campus de Erechim.

2 Acadêmica do oitavo semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Erechim. Especialista em Pedagogia nas Organizações Empresariais e Sociais e Recursos Humanos pela URI – Campus de Erechim.

Palavras-chave: Função social da empresa. Lei n. 11.101/2005. Princípio da preservação da empresa. Recuperação Judicial.

INTRODUÇÃO

Conforme dados do Serasa Experian, divulgados no site do STJ, desde a entrada em vigor da Lei de Recuperação Judicial e Falência (Lei n. 11.101) até maio de 2018, foram registrados 10.286 pedidos de recuperação e 31.128 pedidos de falência. No mesmo lapso temporal, foram deferidos 8.159 pedidos de recuperação e decretadas 13.327 falências. Com a instabilidade do quadro econômico atual, provocado pela Pandemia do COVID-19, a expectativa é que o quadro de fragilidade enfrentado pelas empresas venha a se agravar, de modo a impulsionar o número de pedidos de recuperação ou mesmo de reconhecimento falimentar.

Por todo o exposto, o estudo da Lei n. 11.101/2005 mostra-se extremamente oportuno. Faz-se necessário analisá-la de forma sistemática com a função social da empresa extraída da Constituição Federal, que de igual modo assegura o direito à livre iniciativa.

A partir disso, a presente pesquisa se dedicará a investigar as principais alterações promovidas pelo novo diploma legal em relação ao anteriormente adotado pelo ordenamento pátrio, qual seja, o Decreto-lei n.º 7.661/45, com destaque para mudança de paradigma com o reconhecimento/atribuição da função social à empresa e a consequente aplicação do princípio de preservação da empresa pela LREF.

A metodologia utilizada para alcançar o objetivo proposto no presente artigo foi de revisão bibliográfica, mediante leitura sistemática das obras, valendo-se do método expositivo.

Ao final, o leitor poderá visualizar de forma clara o valor atribuído ao princípio da preservação da empresa pelo novo regramento legal e o modo como se encontra intrinsecamente conectado à função social da empresa estabelecida pela Constituição Federal, bem como a importância de seu uso de forma ponderada pelo Poder Judiciário.

DESENVOLVIMENTO

A persecução da melhor forma para a solução dos conflitos entre credores e devedores definitivamente foge ao ineditismo:

> As formas de solução dos litígios e da satisfação das pretensões dos credores variaram de acordo com a cultura e a organização dos povos no transcorrer dos tempos, bem como a própria estrutura do Estado.
> [...] O que nos chama a atenção é o referido na lição de Alfredo Buzaid de que o mais antigo processo de execução em Roma era privado e penal, objetivando a pessoa do devedor e cabendo ao credor lançar as mãos sobre esse, compelindo-o, no processo de conhecimento, a comparecer em juízo e, no processo de execução, reduzi-lo a cárcere privado, à condição de detento. Era penal, porque visava dobrar a vontade do devedor, já que o inadimplemento da obrigação era considerado uma quebra à honra da palavra empenhada e, portanto, uma ofensa que deveria ser punida.3 O que se observa, nesta fase, é que a obrigação era pessoal e não patrimonial, sendo que a "pessoa do devedor" era a única garantia dos credores. O rigorismo do processo romano foi mitigado com a Lex Poetelia Papiria, que aboliu a faculdade de matar o

> devedor insolvente, de vendê-lo como escravo ou de detê-lo na cadeia. (SOUZA, 2015, p. 14-15).

Felizmente, a evolução da humanidade permitiu que as cobranças de cunho patrimonial, com o passar do tempo, viessem a se restringir justamente à esfera dos bens do devedor, deixando de atingir a sua pessoa.

No caso específico do Brasil, mesmo após a independência, por muito tempo adotou-se a legislação portuguesa para tratar das questões de falência (SOUZA, 2015).

> A primeira fase da história da falência no Direito Brasileiro, seguindo a sistemática adotada no Código Francês de 1807, tinha preponderância na apuração da responsabilidade do devedor (art. 797 e seguintes do Código Comercial). As características principais da falência prevista no Código Comercial eram: somente se aplicava aos comerciantes; que havia a diferenciação entre a falência casual, decorrente de caso fortuito e força maior, daquela com culpa ou fraudulenta (art. 798); deveria o comerciante explicar os motivos da sua falência ao Secretariado do Tesouro e Comércio (art. 805); havia a imputação criminal da falência com culpa ou fraudulenta (art. 821).
> Com relação à concordata, incidental na falência, exigia-se a aprovação da maioria dos credores e a representação de dois terços dos créditos sujeitos aos seus efeitos (art. 847), sendo que posteriormente foi alterada pela Lei no 3.065, de 1882, para a maioria dos credores que comparecessem à assembleia, e acrescentada a possibilidade da concordata por abandono. Verificamos, neste contexto, que a concordata deveria ser negociada e aprovada pelos credores. (SOUZA, 2015, p.17-18)

Conforme SOUZA (2015), seguiram-se à fase de aplicação do direto lusitano outras quatro grandes fases em relação ao direito falimentar no ordenamento jurídico pátrio. Após a Proclamação da República, veio o Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, o qual revogou a terceria parte do Código Comercial, instaurando a segunda fase concernente ao direito falimentar. Nesse período, a concordata por pagamento dependeria da aprovação de ¾ dos credores. Em 17 de dezembro de 1908, quando passou a viger a Lei n.º 2.204, instaurou-se a terceria fase, a qual manteve o caráter negocial da concordata, porém abrandou o quorum exigido para sua instauração, o qual passou a ser de 50% de aprovação dos credores. A terceira fase, por sua vez, findou-se com o Decreto-lei no 7.661, de 21 de junho de 1945, que iniciou a quarta fase do instituto falimentar brasileiro, a qual estendeu-se até a entrada em vigor da Lei n.º 11.101 de 9 de fevereiro de 2005.

A atual Lei de Recuperação e Falência de Empresas representou um avanço significativo para o Direito Empresarial, trazendo como uma de suas principais inovações a recuperação empresarial, judicial e extrajudicial, inexistente nos diplomas anteriores.

O Decreto-lei n.º 7.661/45, a fim de prevenir a falência de uma empresa, trazia como alternativa a concordata, nas modalidades preventiva e suspensiva:

> Na concordata preventiva, a qual era regida pelo art. 156 do Decreto revogado, o comerciante em crise, desde que fosse de boa-fé, poderia obter judicialmente remissão de valores ou prazo para o pagamento de seus credores, prevenindo estes de lhe promoverem sua execução coletiva falimentar. O pedido de concordata, que deveria ser feito até a citação do devedor no procedimento falimentar, impedia o prosseguimento desse último.
> Na concordata suspensiva, por seu turno, o comerciante poderia retomar a administração de sua atividade, ainda que sua falência já tivesse sido decretada. Após a quebra, mas antes da liquidação dos ativos, o comerciante poderia pretender suspender a execução coletiva e reerguer a empresa. Em ambas as formas, sua concessão independia da vontade dos credores no

> Decreto-Lei n. 7.661/45. Como favor legal, a concordata era concedida por sentença judicial desde que preenchidos os requisitos legais [...]. (SACRAMONE, 2018, p. 188)

A concordata tinha por objetivo uma composição dos interesses dos credores e devedores, o que, entretanto, dava-se sem qualquer lastro no diálogo entre os interessados, instaurando-se ou não conforme o entendimento do magistrado. Ressalta a doutrina a ineficácia do instituto, tanto para a satisfação dos credores como para o soerguimento dos devedores:

> A concessão ou rejeição da concordata cabia ao Magistrado exclusivamente e não dependia de qualquer consentimento dos credores. Quanto à viabilidade econômica da empresa, os embargos seriam acolhidos apenas se evidente a impossibilidade de cumprimento. Muitas concordatas, desse modo, foram concedidas para empresários sem condições efetivas de se reestruturarem e em detrimento da vontade da maioria dos credores, o que permitiu apenas uma maior dilação de prazo para a liquidação dos ativos e um maior risco de desvio de bens. Por outro lado, ainda que o comerciante pretendesse efetivamente se reestruturar com a concordata, o engessamento do instituto não permitia sua adequação à realidade da atividade. Os meios de recuperação eram restritos. Somente os créditos quirografários ficavam sujeitos à concordata (art. 147 do Dec.-Lei n. 7.661/45), que se restringia a lhe garantir a remissão ou dilação do pagamento apenas.
> A restrição dos meios de reestruturação, sua limitação aos créditos quirografários e a independência de sua concessão em relação à viabilidade econômica da atividade não permitiram que o instituto desempenhasse sua função de efetivamente permitir a superação da crise econômico-financeira pelo empresário. (SACRAMONE , 2016, p. 189)

Fazzio Júnior (2019) reforça que a lei de falências e concordatas revogada judicializava a composição entre credores e devedores, consistindo, basicamente, em um processo por meio do qual o devedor obtinha a remissão ou dilação dos pagamentos, processo esse excessivamente formal e que afastava muitos dos credores, como os trabalhistas, fiscais e bancários com crédito real. Isso, ao contrário de recuperar a empresa, conforme o autor, na prática apenas prorrogava a sua agonia.

Ainda numa linha crítica, John e Odorisso (2011, p. 101-102) colocam que a visão da LFC:

> [...] estava completamente dissociada da realidade, uma vez que deixava de apreciar os interesses que iam além do devedor/credor, ou seja, simplesmente desconsiderava que a empresa é um centro de convergência de diversos outros interesses que merecem igualmente serem alvo de proteção, como os dos empregados que nela trabalham, a geração de renda e consumo que ela proporciona, disponibilização de bens e serviços para a sociedade, bem como fonte de tributos para o Estado que contribuem para o financiamento da máquina estatal.

As deficiências da LFC, associadas às mudanças não só do mercado, mas também sociais, trouxeram a necessidade de sua reformulação, especialmente após a promulgação da CF/1988 e a entrada em vigor do Código Civil/2002. A dissonância entre o Decreto-lei 7.661/45 e o novo ordenamento jurídico era patente, já que aquele havia sido formulado sob um prisma totalmente diferente, de um estado centralizador e autoritário, enquanto este é inspirado pelos princípios do Estado Democrático de Direito. É nesse contexto que é formulada a nova Lei de Falência e Recuperação Empresarial: a Lei n.º 11.101/2005.

> A Constituição Federal de 1988 trouxe como resposta aos anos de ditadura, uma proteção às garantias individuais e coletivas, bem como aos direitos sociais. Ao tratar da ordem econômica e financeira, a Magna Carta estabelece no art. 170 os princípios gerais que regem a atividade econômica, dentre eles, o da propriedade privada, o da função social da propriedade, o da livre concorrência e o da busca pelo pleno emprego, previstos nos incisos II, III, IV e VIII.
> Dentre eles, merece destaque o princípio da função social da propriedade, do qual decorre o da função social da empresa. Neste, se reconhece que a continuidade das atividades de produção de riquezas é um valor a ser protegido sempre que possível, pois, além de ativar a economia como um todo, produzindo bens e serviços que consolidam o bem-estar das pessoas, a empresa gera postos de trabalho, de forma a contribuir para a satisfação das necessidades essenciais dos indivíduos. (SCHELLES, p. 8, 2009)

O art. 47 da LREF assim dispõe:

> 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.

Percebe-se, de pronto, que a nova Lei de Recuperação de Empresas corrigiu a dissonância existente entre o texto constitucional e o direito falimentar anteriormente adotado. Se o Decreto-lei n.º 7.661/45 afastava inclusive muitos dos credores, o novo diploma legal preocupa-se não apenas com os credores das diversas classes, tratando-lhes com maior paridade, bem como com a cadeia formada a partir da empresa, enquanto fonte geradora de emprego e de riquezas. Novas alternativas devem ser concedidas às empresas para sua manutenção, sempre que viáveis, pois elas assumem, com a nova ordem constitucional, um papel que transcende o interesse privado, que juridicamente é tratado como função social da empresa, com fundamento na função social da propriedade:

> Ao tratar da função social da propriedade na ordem econômica, outro não é o caminho senão poder vinculá-la, também, ao conceito de empresa. Se a propriedade pode ser vista como um dos fatores de produção do capitalismo, e se a empresa faz parte do processo de organização de tais fatores, não há como desvincular empresa e propriedade sob a ótica da função social.
> A empresa no cenário atual desempenha um papel importante, pois cria riquezas, gera empregos, distribui rendas, podendo, inclusive, contribuir com a assistência social. (PIPOLO, 2016, p. 84).

Nas palavras de Menezes (2012, p. 27): "[...] a Ciência do Direito é necessariamente sistemática, porque sua racionalidade advém da organização de seus fundamentos em um sistema de normas, desejavelmente centrado em "fontes normativas superiores", como o é a Constituição." Ainda, de acordo com o referido doutrinador (p. 28):

> Essa visão sistemática assume fundamental relevância no exame de problemas derivados da recuperação judicial do empresário, que apresentam caráter interdisciplinar, produzido em virtude da reunião de interesses públicos e privados em torno do funcionamento da empresa.

O Brasil é um país capitalista que pretende ser também um Estado de bem-estar social. Evidentemente, não é possível se alcançar a realização do bem-estar social

sem que haja um engajamento e comprometimento de toda a sociedade para que isso se concretize. Por isso, a análise do instituto da recuperação judicial deve ser realizada de forma sistemática com os objetivos de fundo constitucional que a permeiam. Há necessidade, portanto, de uma leitura interdisciplinar, visto que a existência da empresa reúne interesses, nas palavras de Menezes, tanto públicos como privados.

> E a busca pela referida integração remete à Constituição da República, à vista de seus princípios, de elevado conteúdo valorativo.
> Nessa ordem de ideias, a Constituição passa a figurar como elemento centralizador do sistema jurídico, unificando-o, ordenando-o e, em suma, harmonizando, com seus princípios, os mais diversos universos legislativos. Ao lado dessa relevante função ordenadora, tais princípios operam tanto como pa- radigma interpretativo das normas infraconstitucionais (à vista de sua hierarquia superior), quanto devem ser diretamente aplicadas no caso concreto, tendo em conta sua reconhecida força normativa. (MENEZES, 2012, p. 29)

A função social da empresa impõe-lhe uma carga de responsabilidade que extrapola, como dito, o interesse particular:

> É natural que, como centro polarizador da atividade econômica moderna já chamada de célula-mater da economia em nossos tempos, convergisse para a empresa uma variada gama de interesses, dizendo respeito aos trabalhadores, aos credores, ao Estado (quer na sua função mais mesquinha de arrecadador de impostos, quer como incentivador das atividades produtoras, quer ainda como intérprete das aspirações populares ou do bem público), aos sócios ou acionistas em relação ao empresário coletivo; aos consumidores, à comunidade, etc.
> É sem dúvida que a regulação ou a proteção desses interesses chega a extravasar a área delimitada do Direito Comercial indo a alcançar outros ramos do Direito. Era natural também que se acrescessem os deveres da empresa para com a sociedade e consequentemente a sua responsabilidade, ficando-se autorizado a conferir-lhe, por isso, uma função social consequente com a ideia de bem público. (WADIRIO, *apud* PIPOLO, 2016, p. 85)

Depreende-se que a própria atividade da empresa constitui o cerne de sua função social, o que poderia ensejar a conclusão de que, desde sempre, a empresa desempenha essa função. Tal conclusão não é de todo equivocada, porém, a partir do momento em que a Constituição Federal reconhece à empresa uma função social, há uma verdadeira inversão de valores: se antes a empresa estava a serviço do interesse de seus sócios e, para tanto, precisava desenvolver uma atividade na qual se ancoravam outros interesses (de trabalhadores, credores e do próprio Estado), agora a empresa deve desempenhar sua atividade em prol do bem comum.

Conforme PIPOLO, 2016, p. 85:

> O princípio da função social da empresa não significa transformar a sociedade empresária em um órgão público, onde o interesse particular seja renegado. Cuida-se, apenas, de buscar um sentido social para a atividade empresária ao dinamizar os fatores de produção. De sorte que o emprego, a defesa dos interesses do consumidor, o meio ambiente, entre outros, possam ser protegidos, tudo para que seja assegurada a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Por todo o exposto, é possível concluir que o princípio de preservação da empresa nasce da projeção da função social da empresa:

> [...] considerando que o princípio da função social da empresa tem como um de seus objetivos a preservação da atividade econômica organizada que seja viável (empresa viável), o atingimento de tal finalidade se dá com a manutenção da empresa, ou seja, esta pode ser vista como um corolário do princípio em questão. (PIPOLO, 2016, p. 87)

Sem sombra de dúvidas, a instituição da recuperação judicial em substituição às antigas concordatas suspensiva e preventiva representa a materialização do princípio de preservação da empresa:

> Recuperar significa readquirir, reconquistar, reaver, recobrar. A palavra traz o sentido de restauração. A LRE optou pela denominação recuperação empresarial, precisamente para designar o restabelecimento da normalidade da atividade econômica. Poderia ter escolhido reorganização, ou, até mesmo, reestruturação. Ficou mesmo com recuperação, portanto, elegendo conotação de procedimento destinado a restaurar a saúde econômica da empresa.
> É óbvio que, a exemplo da concordata, consiste em procedimento preventivo, porque tem a intenção de evitar a situação de falência. Contudo, persegue um objetivo muito mais amplo que o do instituto da concordata. Seu horizonte preventivo é mais largo.
> Para o fim de preservar a atividade produtiva e maximizar o ativo sobre o qual incidem as pretensões dos credores, o legislador brasileiro, antes tarde do que nunca, engendrou duas alternativas tendentes a prevenir a falência, colocando no sistema jurídico as recuperações judicial e extrajudicial.
> O devedor empresário que, outrora, podia, quando muito, comprometer-se com a dilação ou a remissão dos seus débitos, passa com a LRE a focalizar horizonte mais ambicioso, isto é, recompor a regularidade das atividades de sua empresa e, ao mesmo tempo, satisfazer com mais eficácia seu passivo. (JR. FAZZIO, 2019, p. 73)

Além disso:

> A valorização da instituição empresarial e do empresário em nossa sociedade e a crescente constatação da necessidade de se resguardar a atividade econômica organizada de circulação e produção de bens e serviços, dada a sua importância dentro da economia nacional e pela função social desenvolvida, responsável pela criação de empregos e geração de tributos, faz com que a preservação da empresa viável ganhe crucial importância perante o direito, bem como para a sociedade como um todo. (SHELLES, 2016, p. 2)

Conforme Schelles, ainda,

> [...] diante das opções legais que conduzem à dúvida entre aplicar uma regra que implique a paralisação da atividade empresarial e outra que possa também prestar-se à solução da mesma questão em situação sem tal consequência, deve ser aplicada essa última, ainda que promova o sacrifício de outros direitos igualmente dignos de tutela jurídica. (*Ibid,* p. 8)

O princípio de preservação da empresa está associado a outros, como o da separação dos conceitos de empresa e empresário, de modo que a manutenção da atividade produtiva deve se sobrepor à sorte dos titulares da empresa:

> A ideia da preservação da empresa envolve a separação entre a sorte da empresa (atividade) e a sorte do seu titular (empresário individual ou sociedade), bem como da sorte dos sócios e dirigentes da sociedade. A recuperação judicial não se preocupa em salvar o empresário (individual ou sociedade), mas sim em manter a atividade em funcionamento. A empresa (atividade) é mais importante que o interesse individual do empresário, dos

> sócios e dos dirigentes da sociedade empresária. Não importa se estes terão ou não prejuízos, o fundamental é manter a atividade funcionando, pois isso per-mitirá a proteção de mais interesses (fisco, comunidade, fornecedores, empregados...). Não se descarta a manutenção da atividade com o mesmo titular, mas a preferência é a manutenção da atividade em si, independentemente de quem seja o titular. (TOMAZETTE, 2019, p. 80-81).

Importante lição também se extrai do conceito apresentado por Lobo, na obra coordenada por Abrão e Toledo (2016, p. 175), principalmente no sentido de que a recuperação da empresa deve ser obtida pelo esforço comum, baseado na ética da solidariedade, por meio de concessões recíprocas entre os envolvidos:

> Recuperação judicial é o instituto jurídico, fundado na ética da solidariedade, que visa sanear o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial, garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia, mediante a apresentação, nos autos da ação de recuperação judicial, de um plano de reestruturação e reerguimento, o qual, aprovado pelos credores, expressa ou tacitamente, e homologado pelo juízo, implica novação dos créditos anteriores ao ajuizamento da demanda e obriga a todos os credores a ela sujeitos, inclusive os ausentes, os dissidentes e os que se abstiveram de participar das deliberações da assembleia geral.

Sobre a ética da solidariedade, presente na recuperação da empresa, o autor complementa:

> Nos "procedimentos de sacrifício", a lógica do mercado, apanágio do sistema capitalista e da teoria de maximização dos lucros, deve ceder diante da ética de solidariedade, sobretudo quando se trata de uma lei de ordem pública, como sói ser a que disciplina a ação de recuperação judicial, que objetiva preservar a empresa, pois ela tem uma função social a cumprir, manter os postos de trabalho, porquanto o desemprego atenta contra a dignidade da pessoa humana, e garantir o recebimento dos créditos, visto que o crédito é o combustível da atividade econômica e do progresso social.
> Para alcançar esse múltiplo escopo e para atender aos interesses das partes envolvidas e harmonizar os direitos de cada um equanimemente, ao invés do confronto entre o devedor e seus credores, impõe-se a cooperação; ao invés do litígio, a conciliação; ao invés da apologia dos direitos pessoais, a luta para a realização dos fins comuns; ao invés da defesa egoística e intransigente dos interesses individuais, a busca de soluções solidárias e equitativas, que causem o menor sacrifício a todos, dentro da perspectiva de que se deve priorizar a composição dos interesses conflitantes, raramente convergentes se não houver, de parte a parte, a compreensão e a sensibilidade do que é absolutamente indispensável: salvar a empresa em crise, que demonstre ser econômica e financeiramente viável, com a finalidade precípua de mantê-la empregadora de mão de obra, produtora e distribuidora de bens e de serviços, criadora de riquezas e de prosperidade, geradora de impostos e, por igual, ao mesmo tempo, respeitar os direitos e interesses dos credores. (*Ibid.,* p. 182-183)

O sacrifício empreendido por aqueles diretamente envolvidos na recuperação da empresa deverá ser o menor e mais equânime possível, e de modo a repercutir em benefícios que vão abranger a sociedade como um todo, mediante a reinserção da empresa no mercado de forma competitiva.

Em que pese a importância da recuperação da empresa, a doutrina é uníssona no sentido de que, inclusive ao princípio de preservação impõem-se restrições, afinal:

> Importante mencionar que não é apenas a empresa recuperanda que deve ser protegida por supostamente cumprir uma função social, mas os credores – geralmente empresas fornecedoras – também merecem o mesmo tratamento, pois de igual forma são importantes para a sociedade, uma vez que igualmente recolhem tributos, geram empregos e circulação de bens ou serviços – em tese. Leal Júnior e Prado (2011) apontam que a missão da Lei de Falências é estimular a recuperação de empresas em situação de crise financeira, enquanto se mostrarem viáveis os procedimentos. (VITOLA, WEISHEMEIER, 2014, p. 29).

Nesse sentido, a assembleia geral de credores desempenha um papel fundamental, tanto na recuperação judicial como na extrajudicial, pois a ela incumbe analisar as condições apresentadas pela empresa no plano e a viabilidade de recuperação, de forma soberana:

> Não é o Estado que deve proporcionar essa chance ao insolvente. O Estado, via uma de suas instituições, o Judiciário, concede ao insolvente apenas o direito de pedir. Na verdade, quem pode conceder a oportunidade da recuperação são os credores, se entenderem que esse caminho é, para si, melhor do que a via falencial. Tem-se, pois, que a lei não concede recuperação, enseja a faculdade de pedir recuperação. Nos termos da LRE, é a assembleia geral de credores que deve decidir sobre sua eventual concessão.
> Ao formular um pedido de recuperação, o devedor está apenas dizendo: quero deixar de descumprir, quero voltar a cumprir, tenho capacidade de fazê-lo. Incumbe aos credores dar ou não o sinal verde para a recuperação. Primeiro, verificam se realmente a empresa do devedor é viável. Depois, analisam se o modo da recuperação proposta atende a suas expectativas, como credores. Se sim, concordam com o plano. Se não, podem propor plano alternativo. Se definitivamente não, rechaçam a proposta. Nas três hipóteses, árbitros da recuperação são os credores. O Estado-juiz homologa.
> O pedido de oportunidade não precisa, necessariamente, ser formulado por intermédio do juiz. O devedor pode dirigir-se diretamente aos credores. O convênio que instaura o concurso de observação, que define um plano de recuperação, pode ser consertado sem a participação do juiz. Depois de definido e pronto para ser desfechado, então, sim, entra o Estado-juiz com o dever de homologação. (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 73)

Cabe destacar, ainda, que o princípio de preservação da empresa deve ser utilizado com sensatez, a fim de assegurar a segurança jurídica, tão cara à área empresarial:

> A questão da segurança jurídica no campo empresarial é de alta relevância. A fixação e aplicação de regras objetivas para a concessão ou não da recuperação empresarial, bem como as consequências de tal procedimento, aumentam o grau de previsibilidade das decisões.
> É evidente que o Judiciário, ao decidir questões inerentes à recuperação da empresa, influencia a economia. Quanto maior a previsibilidade das decisões e confiabilidade no sistema, maiores os investimentos em atividades econômicas organizadas. (PIPOLO, 2016, p. 159)

É nesse sentido que Souza (2015, p.207) friza que:

> [...] a reestruturação não pode ser concebida como um valor absoluto, algo que deve ser alcançado com o desrespeito das demais regras jurídicas, sem considerar determinadas condições contidas no ordenamento jurídico. [...]

> A consecução do bem comum, advindo da recuperação da atividade, somente é possível com a observância dos princípios aplicáveis à ordem econômica, referidos no art. 170 da Constituição Federal, tais como os valores sociais do trabalho, a fun- ção social da propriedade, a justiça social e a dignidade da pessoa humana. Assim, a recuperação judicial, para justificar a intromissão do Estado no funcionamento do mercado, deve ser realizada sob os parâmetros referidos.

O emprego desse princípio a qualquer preço pelo magistrado, em especial na aplicação do *cram down* (art. 58, LREF), hipótese em que o poder de deliberação da assembleia geral é relativizado, sendo o plano de recuperação homologado pelo juiz sem o atendimento do quórum previsto pelo art. 45 da Lei 11.101/2005, ou quaisquer outras decisões prolatadas ao longo do processo de recuperação concedendo uma vantagem desproporcional à recuperanda, pode gerar um alto custo econômico. Isso representa, em última instância, um desvirtuamento da finalidade do próprio princípio que é a proteção não só da empresa, bem como da coletividade. Indispensável, portanto, que o emprego do princípio da preservação da empresa se dê com o objetivo, de fato, de atender à preservação da função social da empresa, bem como, na medida do possível, aos interesses e preservação também daqueles que fazem parte da grande rede que compõem a recuperação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 11.101/2005 veio atender à necessidade de atualização, provocada pelas inúmeras mudanças econômicas e sociais, que tornaram obsoleto o Decreto – lei 7.661/45. Ademais, acompanhou os princípios da CF/88, especialmente ao reconhecer a função social da empresa. Desse modo, com o propósito de proteger direitos individuais e sociais albergados pela Constituição, a legislação infraconstitucional idealizou a manutenção da empresa viável que passa por um momento de crise. Para tanto, passou a oferecer às empresas em dificuldades financeiras o instituto da recuperação, nas modalidades judicial e extrajudicial, em substituição às concordatas preventiva e suspensiva.

A recuperação é sustentada pelo princípio da preservação, encontrado no art. 47 da LREF, e, segundo esse princípio, sempre que uma empresa convalescente for passível de recuperação, é nesse sentido que os esforços deverão ser empreendidos. Tais esforços implicam sacrifícios de todas as partes envolvidas, em nome de um bem comum, que atinge não apenas a elas mesmas, mas a toda a sociedade, razão pela qual, como visto, a recuperação deve estar permeada pela ética da solidariedade.

De toda sorte, o princípio da preservação deve ser aplicado com parcimônia pelo Poder Judiciário, sob pena de desvirtuamento do fim maior do princípio da preservação da empresa, que é o da manutenção dos postos de trabalho, a preservação do crédito, bem como a geração de tributos ao Estado. Afinal, conceder a recuperação a uma empresa sem um mínimo de viabilidade seria impor o sacrifício injusto e até mesmo fatal a muitos daqueles que compõem a rede envolvida pela recuperação, em especial de trabalhadores, bem como de credores e fornecedores, além dos consumidores e do próprio Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 11.101/2005, de 9 de fevereiro de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 26 abr 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **O princípio da preservação da empresa no olhar do STJ**. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-09-02_06-03_O-principio-da-preservacao-da-empresa-no-olhar-do-STJ.aspx. Acesso em: 30 ago 2020

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597021486/cfi/6/10!/4/2/4@0. Acesso em: 26 abr 2020.

JOHN, Natacha Souza. ODORISSO, Fernanda Favarini. A Nova Lei de Recuperação de Empresas como Instrumento de Efetivação do Princípio da Função Social da Empresa. **Revista da Faculdade Mineira de Direito.** v.14. n. 28. jul./dez. 2011 – ISSN 1808-9429. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito. Acesso em: 26 abr 2020.

LOBO, Jorge. Da Recuperação Judicial. *In*: ABRÃO, Carlos Henrique ; DE TOLEDO, Paulo F. C. Salles (Coord.). **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502636897/cfi/3!/4/2@100:0.00. Acesso em: 25 abr 2020.

MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de. **O poder do controle nas companhias em recuperação judicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4343-1/. Acesso em: 30 ago 2020.

PIPOLO, Henrique Afonso. **Princípio da Preservação da Empresa na Recuperação Judicial: uma Análise da sua Aplicação na Jurisprudência.** 2016. 174 f. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo: 2016. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/19589. Acesso em: 26 abr 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à lei de recuperação de empresas e falência.** São Paulo : Saraiva Educação, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553604173/cfi/4!/4/4@0.00:12.3. Acesso em: 25 abr 2020.

SCALZILLI, João Pedro; TELLECHEA, Rodrigo; SPINELLI, Luis Felipe. **Objetivos e Princípios da Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 2012. Disponível em http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1229. Acesso em: 26 abr 2020.

SCHELLES, Marta Santiago de Oliveira. **O Princípio da Preservação da Empresa no Novo Sistema Falimentar.** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/martaschelles.pdf. Acesso em: 26 abr 2020.

SOUZA, Marcelo Papaléo de. **A Recuperação Judicial e os Direitos Fundamentais Trabalhistas.** Grupo GEN, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522495955/. Acesso em: 30 ago 2020.

TOMAZZETE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas . v. 3. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609178/cfi/4!/4/2@100:0.00. Acesso em: 28 abr 2020.

VITOLA, Cássio Rozales. WEISHEIMER, Evandro. A Aplicação do Princípio da Preservação da Empresa à Luz do Instituto da Recuperação Judicial. **REVISTA DESTAQUES ACADÊMICOS**. v. 6. n. 2. CCHS/UNIVATES, 2014. Disponível em: http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/396/388. Acesso em: 25 abr 2020.

9

A PERVERSIDADE DO FENÔMENO DA ALIENAÇÃO PARENTAL:

Uma abordagem a partir da mediação como método ecológico de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família

Maria Eduarda Granel Copetti[1]
Gabrielle Scola Dutra[2]
Charlise Paula Colet Gimenez[3]

RESUMO: A temática da presente pesquisa refere sobre a perversidade do fenômeno da alienação parental a partir de uma abordagem da mediação como método ecológico de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família. Para a realização e desenvolvimento da pesquisa, adota-se o método dedutivo, instruído por um procedimento bibliográfico. Ainda, o referencial teórico é baseado a partir da perspectiva transdisciplinar da mediação que preza pela cooperação e elimina o caráter

[1] Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Direito – Mestrado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do grupo de pesquisa: Conflito, Cidadania e Direitos Humanos (Linha II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos). E-mail: mariaeduardagcopetti@gmail.com.
[2] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do grupo de pesquisa: "Tutela dos Direitos e sua efetividade", cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da URI. Advogada. Membro da Comissão da Mulher (Subseção OAB Santo Ângelo). Atua no estudo do Direito Penal, Violência, Conflito e Gênero.
[3] Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER sob a orientação da professora Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa

paranoico do binário adversarial amigo/inimigo. Nesse sentido, o objetivo é apresentar o método da mediação como forma de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família aliado ao fenômeno problemático da alienação parental. Em suma, constata-se que a mediação é um método potencial transformador de realidades porque dá significação à existência humana quando reconhece que todos são integrantes do tecido social e merecem reconhecimento. Sobretudo, é de grande importância tornar os indivíduos conscientes do seu protagonismo social, de modo que, consigam resolver seus conflitos a partir de um diálogo produtivo em consonância com uma cultura de paz.

Palavras-chave: Alienação Parental. Conflito. Direito de Família. Mediação.

INTRODUÇÃO

De acordo com o desenvolvimento do arranjo civilizacional contemporâneo, sabe-se que os conflitos são inerentes às relações entre os indivíduos e se consolidam como dinâmicas potencializadoras de transformações sociais e interações humanas. A sociedade é percebida pela operacionalização de ameaças e riscos estruturais que se perfectibilizam em detrimento da existência humana. Assim, os (re)arranjos sociais se constituem a partir do conflito. A história da humanidade é fundada a partir de ações conflitivas, motivo pelo qual permite-se estabelecer a premissa de que o conflito atua em consonância com o próprio curso de desenvolvimento da humanidade.

Por derradeiro, atualmente, vislumbra-se que um dos maiores desafios dos ordenamentos jurídicos é acompanhar a complexidade da sociedade e seus emaranhados constitutivos, a exemplo da instituição da família. Portanto, sabe-se que, em sociedades arcaicas, o entendimento de família era restrito a um núcleo patriarcal formado por pai, mãe e filhos. No entanto, tal enredo familiar não se sustenta, tendo em vista a produção de níveis insustentáveis de complexidade no interior da sociedade atual. Diante disso, tem-se que o conceito tradicional e histórico de família assume outra acepção compreensiva frente às novas constituições de arranjos familiares em operacionalização perante a pluralidade dos entrelaçamentos afetivos existentes.

Logo, independentemente da constituição das relações familiares, os conflitos tangenciam a dinâmica das famílias na sociedade complexa, ao passo que se apresentam a partir de problemáticas e emaranhados conflitivos, como o fenômeno da alienação parental no âmbito do Direito de Família. A título conceitual, observa-se que a alienação parental pode ser praticada por qualquer um dos genitores e, consequentemente, provoca danos nocivos à criança e/ou ao adolescente vítima de tal conflito familiar. À vista disto, no momento em que a situação conflitiva familiar resplandece no cenário social, é preciso tratá-la para que não se torne uma experiência traumática às partes envolvidas no liame problemático, ao passo que é fundamental implementar métodos que sejam capazes de introduzir na existência humana, mecanismos fraternos e não-violentos que tratem os conflitos de forma pacífica e democrática.

Destarte, para a realização e desenvolvimento da pesquisa, adota-se o método dedutivo, instruído por um procedimento bibliográfico. Ainda, esse estudo terá como referencial teórico a perspectiva transdisciplinar da mediação como forma de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família. Nesse sentido, a presente pesquisa tem o objetivo de apresentar o método da mediação como forma de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família aliado ao fenômeno problemático da alienação parental. Portanto, diante da perversidade do fenômeno da

alienação parental, questiona-se: A mediação pode ser considerada uma forma ecológica de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família?

DESENVOLVIMENTO

Sabe-se que devido à complexidade, a sociedade atual perfectibiliza-se por estar imbuída por uma multiplicidade de ações humanas que projetam cenários conflitivos em todos os âmbitos das relações sociais, na medida em que os indivíduos integrantes do tecido social constituem uma gama de interações entre si. Assim, constata-se que a formação da existência humana está intimamente associada ao conflito. Ademais, "o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais" (SPENGLER, 2018, p. 26).

Nessa perspectiva, o conflito detém caráter insustentável no momento em que os indivíduos envolvidos potencializam sua dimensão, ou seja, na medida em que negam compreendê-lo como acontecimento e experiência criativa de desenvolvimento humano. Tal situação "decorre do desejo de ódio e destruição que o ser humano tem dentro de si, o que, em decorrência da dualidade amigo-inimigo existente no tecido social e inserida nas relações entre as pessoas, gera-se o conflito" (GIMENEZ, 2018, p. 23). Ainda, a título conceitual, compreende-se que o conflito se constitua a partir de uma multiplicidade de adversariedades entre os indivíduos, "desde a concorrência ou competição até a guerra ou batalha, percorrendo a luta, o combate, ou simplesmente a disputa, o desacordo ou a rivalidade. Da mesma forma, confunde-se o conflito com a crise, a tensão ou o antagonismo" (GIMENEZ, 2018, p. 23).

Na mesma linha, Charlise Paula Colet Gimenez estabelece um entendimento sobre a dinâmica dos conflitos na sociedade complexa:

> O problema da sociedade reside nas relações que suas forças e formas estabelecem com as pessoas, e se a sociedade existe dentro ou fora deles. Assim, há uma variedade de conflitos reais entre indivíduo e sociedade, pois, de um lado, nos indivíduos, os elementos fundem-se com a sociedade, a qual adquire seus próprios pilares e órgãos que se contrapõem ao indivíduo, exigindo dele como se fosse um partido estranho (GIMENEZ, 2018, p. 24).

Logo, de acordo com o supracitado, aliado a presença de aspectos potencializadores de tensões sociais que constituem ambientes hostis e/ou transformadores, observa-se que em todos os níveis do tecido social em todos os períodos históricos civilizacionais, "cada sociedade é fortemente marcada pela existência de conflitos, positivos ou negativos" (GIMENEZ, 2018, p. 24). Dessa forma, "para que exista um conflito, necessita-se de no mínimo duas pessoas; o conflito não somente corresponde ao outro, pois cada um modifica sua tática em razão das flutuações da ação do outro" (GIMENEZ, 2018, p. 28). Em suma, uma das propriedades principais do conflito é a presença da dualidade amigo-inimigo, fato que produz a degradação e o desejo pelo aniquilamento do Outro.

Sendo assim, de acordo com o estabelecimento das relações sociais conflitivas emerge uma concepção multifacetada sobre o fenômeno do conflito. Nas palavras de Julien Freund, "[...] el conflicto no tiene necesariamente el sentido negativo de una conducta antissocial o destructiva de relaciones sociales. Es un fenómeno social en el mismo plano que la entende" (FREUND, 1995, p. 99). Sobretudo, diante da complexidade social e em decorrência de que "vivemos em um mundo em transformações, que afetam quase todos os aspectos do que fazemos" (GIDDENS, 2000, p. 17),

Desse modo, o conflito positivo se fundamenta a partir da transformação de cada ser humano, ao passo que promove um desenvolvimento/evolução das relações sociais pois compreende que cada ser humano é integrante da humanidade. No entanto, o conflito negativo é aparelhado a partir de alguns recursos que são orientados por ações humanas e manifestações tensionais, tais como o fenômeno da violência, a linguagem, a ascensão de espaços forjadores e a fluência do binômio adversarial amigo/inimigo, os quais propiciam terrenos férteis conflituosos em prol do aniquilamento do Outro.

A respeito disso, Morton Deutsch expõe em sua obra a ideia de que os conflitos não possuem somente efeitos negativos, mas também experiências transformadoras e positivas:

> Previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno de sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual (DEUTSCH, 2004, p. 73).

Diante disso, "a experiência demonstra que um conflito transforma cada um dos envolvidos, não somente na sua relação com o outro, mas consigo mesmo, pois existem, ao mesmo tempo, consequências desfiguradoras e purificadoras, enfraquecedoras e fortalecedoras" (GIMENEZ, 2018, p. 26). Sobretudo, é cediço que "o conflito não é um fenômeno anormal, mas uma condição inevitável de desenvolvimento das sociedades" (GIMENEZ, 2018, p. 26.). Quando orientado por emaranhados negativos, o conflito institui códigos perversos de aniquilamento, ao passo que reduz a sociedade a uma lógica perversa e a destinos trágicos, ou seja, apresenta contornos nefastos, ao passo que significa realidades e produz uma compreensão de "uma civilização que ameaça a si mesma" (BECK, 2016, p. 12).

Destarte, Maria de Nazareth Serva desenvolve uma conceituação de conflito:

> O conflito é um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder onde uma parte influencia e qualifica o movimento da outra. Esse movimento se dá em todas as esferas do relacionamento humano e em todas as faixas etárias, culturais e raciais. Entre crianças, marido mulher, empregado e empregador, entre uma nação e outra, etc. (SERPA, 1999, p. 25).

Por derradeiro, vislumbra-se que um dos maiores desafios dos ordenamentos jurídicos é acompanhar a complexidade da sociedade e seus emaranhados conflitivos. Por isso, a partir da premissa de que os conflitos existem em todos os seguimentos sociais, apresenta-se a problemática conflitiva do fenômeno da alienação parental no âmbito do Direito de Família. Preliminarmente, destaca-se que a família é considerada um arranjo constitutivo imprescindível para o desenvolvimento do ser humano e das sociedades. Logo, devido a ascensão da complexidade social, "a família vem enfrentando um processo de profundas transformações: famílias monoparentais, inter-raciais, homoafetivas, o trabalho da mulher, a percepção das crianças e adolescentes como pessoas humanas" (SALES, 2007, p. 134).

Aliás, de acordo com o contexto histórico de evolução, observa-se a operacionalização de alguns fatores econômicos (trabalho feminino), sociais (luta pela igualdade de gêneros) e culturais (a queda do patriarcalismo), os quais contribuíram de forma significativa para que ocorressem alterações na estrutura familiar (SALES, 2007, p. 134). Na atualidade, o modelo de família patriarcal, sustentado pelo

casamento convencional e a hierarquia, obtida pela figura do homem como possuidor do controle absoluto sobre a mulher e os filhos vem perdendo força, levando-se em conta que um dos elementos principais para a constituição da família são as relações conflituosas de afeto.

Nessa perspectiva, Lilia Sales salienta sobre a constituição da família contemporânea:

> A família contemporânea, a partir dessas mudanças, passou a fundamentar seus relacionamentos na igualdade, solidariedade, afetividade e liberdade. Percebem-se, assim, novos diversos modelos de família, considerados por esses fundamentos, como inovadores, igualitários e democráticos. Os membros da família, juntamente com o sentimento de segurança e proteção, passaram a externar a necessidade do respeito as suas liberdades e as suas independências (SALES, 2007, p. 135).

No entanto, os conflitos sociais no âmbito do Direito de Família podem se perfectibilizar a partir de vários acontecimentos, como ocorre com o fenômeno da síndrome da alienação parental. Acontece quando ocorrem desavenças no arranjo familiar, principalmente, quando os cônjuges se divorciam de forma litigiosa e iniciam uma disputa pela guarda da criança e/ou adolescente (filhos), ocasionando a alienação parental. Desse modo, a alienação é caracterizada por interferir na formação psicológica dos filhos, os quais ficam propensos a sofrer com a separação dos genitores, geralmente, um dos genitores inicia um processo de desqualificação da conduta do outro perante os filhos (GONÇALVES, 2011).

Nesse sentido, o fenômeno da alienação parental é uma forma utilizada pelo ascendente, na separação ou divórcio, onde induz ou instiga o menor a agir de forma a estreitar os laços afetivos com seu genitor, ou seja, causar o afastamento deste de todas as formas com o pai ou com a mãe. Portanto, a finalidade principal é incentivar a criança ou o adolescente a desenvolver sentimento de rejeição contra o outro genitor, tornando o relacionamento e o contato desgastante entre pai e filho (GONÇALVES, 2011). Ademais, a família é "o grupo fechado de pessoas, composto dos genitores e filhos, e para limitados efeitos, outros parentes, unificados pela convivência e comunhão de afetos, em uma só e mesma economia, sob a mesma direção" (GOMES, 1998, p. 35).

Na mesma linha, Conrado Paulino da Rosa estabelece o seguinte entendimento sobre a síndrome da alienação parental:

> A síndrome de alienação parental deve ser compreendida como uma patologia jurídica caracterizada pelo exercício abusivo do direito de guarda, vitimando especialmente o filho, que vive uma contradição de sentimentos até chegar ao rompimento do vínculo de afeto com o genitor não guardião. O guardião passa a manipular o filho com uso de táticas verbais e não verbais, distorcendo a realidade para que passe a acreditar que foi abandonado pelo outro genitor, acabando por perceber um dos pais totalmente bom e perfeito (o alienador) e o outro totalmente mau (ROSA, 2018, p. 111).

Nota-se que no decorrer da formação e desenvolvimento da personalidade da criança, percebe-se que ela deva ampliar sua capacidade e habilidade e até mesmo enriquecer o seu caráter de maneira sólida e saudável. Assim, é, principalmente, nessa fase da existência da criança que é necessária a participação dos pais para possibilitar a formação e um desenvolvimento saudável, ao passo que, geralmente, quando o menor não tem esse auxílio e cooperação por parte dos genitores, os conflitos acabam sendo frequentes. Dessa maneira, diante do conflito que envolve a ocorrência da

síndrome da alienação parental no âmbito do Direito de Família, é imprescindível a implementação de métodos ecológicos de tratamento de conflitos que sejam capazes de atuar na prevenção dos conflitos e na restauração dos laços familiares, como o método da mediação.

A prática da alienação parental viola os direitos fundamentais, os quais são indispensáveis a existência humana, de modo que se perfectibiliza como um fenômeno que causa abuso moral em face da criança e/ou adolescente (vítima). Destarte, a alienação parental é compreendida como a intervenção "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 em sua companhia para que repudie genitor ou que cause prejuízo à manutenção de vínculos com este" (ROSA, 2010, s.p.). Logo, constata-se que os conflitos familiares acabam se transformando em lides processuais, que (não) tão somente o Poder Judiciário pode resolver, porém, neste emaranhado problemático a mediação surge como aposta na seara do tratamento de conflitos.

Para Luiz Alberto Warat, a mediação é uma aposta, ou seja, "apostar na mediação significa buscar a verdade do conflito, uma verdade que decorre de uma ação cooperativa, pois as pessoas se transformam juntas dentro de seus próprios conflitos" (WARAT, 2010, p. 37/39). Nessa perspectiva, a prática mediativa "é um procedimento que vem sendo utilizado com sucesso em vários Países a partir de sua proposta de realizar uma resolução pacífica das disputas. Ela surge como uma outra alternativa, substituindo o modelo conflitual apresentado pelo Poder Judiciário" (ROSA, 2010, s.p.). Na mesma toada, percebe-se que "não é de hoje que vem sendo enfatizada a necessidade de um trabalho interdisciplinar, envolvendo profissionais de diversas áreas, como advogados, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, para tratar de conflitos familiares" (ROSA, 2010, s.p.).

A existência do conflito é um pressuposto fundamental para que ocorra a prática da mediação como forma de tratamento, conforme considera Maria de Nazareth Serpa:

> O conflito é um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder onde uma parte influencia e qualifica o movimento da outra. Esse movimento se dá em todas as esferas do relacionamento humano e em todas as faixas etárias, culturais e raciais. Entre crianças, marido mulher, empregado e empregador, entre uma nação e outra, etc. (SERPA, 1999, p. 25).

Outrossim, no pensamento de Warat, o segredo da mediação está na simplicidade de sentir o sentimento, ao passo que "a pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta da mediação" (WARAT, 2004, p. 26). Sobretudo, o procedimento de mediação no âmbito familiar impulsiona as partes envolvidas a conversarem sobre seus problemas, dando espaço para a formação de um diálogo funcional, afastando os sentimentos ruins, como a raiva, culpa e rancor. A mediação se caracteriza por ser uma prática restauradora da paz pois introduz possibilidades de diálogo pelo entendimento em uma perspectiva não-violenta aos conflitos.

Do mesmo modo, cabe realçar o conceito de Caroline Wüst sobre a mediação de conflitos:

> A mediação é a proposta mais adequada à complexidade conflitiva atual, na medida em que consegue tratar as contendas por inteiro sem precisar da intervenção estatal. Assim, as partes têm total liberdade para dialogar e expor tudo aquilo que as está reprimindo, desde as angústias, sentimentos e

> aspirações, para, ao final, se for do desejo mútuo, formalizar um acordo que será efetivamente cumprido (WÜST, 2014, p. 72).

Por consequência, no pensamento de Warat, para implementar a prática da mediação "como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transforma-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajuda-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação" (WARAT, 2004, p. 26). Destarte, de acordo com Warat, a função do mediador é de "entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhe a si mesmas e não ao conflito, como se fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas" (WARAT, 2004. p. 26).

Portanto, "[...] a mediação, método não adversarial de gestão de conflitos, constitui um marco nas relações interpessoais porque demonstra a fragilidade de soluções impostas e a inutilidade do rancor como substituto às decisões temperadas pelo bom-senso" (FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p.1). De igual modo, "a mediação aparece como instrumento de reencontro, de busca ao respeito para com o outro, resolvendo questões e evitando conflitos futuros" (SALES, 2003, p. 135). Igualmente, "a mediação é uma forma ecológica de autocomposição na medida em que, ao procurar uma negociação transformadora das diferenças, facilita uma considerável melhoria na qualidade de vida" (WARAT, 2004, p. 59). Para Warat, a prática da mediação como forma de tratamento de conflitos, permite refletir "o lugar do Direito na cultura emergente do terceiro milênio" (WARAT, 2004, p. 51).

Sobretudo, a mediação é considerada um instrumento democrático que proporciona a autonomia individual dos sujeitos envolvidos em determinado conflito, ao passo que propicia a transformação dos conflitos em prol de uma cultura de paz. O conflito possui uma definição sociológica não apenas para as partes conflitantes, mas para cada um diante de si mesmo. Essa experiência certifica que o conflito transforma os envolvidos, seja no seu relacionamento com o outro ou consigo mesmo, porque conjuntamente existem consequências enfraquecedoras e fortalecedoras (SIMMEL, 1983). Já que o conflito é analisado como uma ocorrência intrínseca às relações sociais, a mediação possibilita uma compreensão de situações conflitivas quando desobstrui os caminhos que conduzem à paz perene pela alteridade e sensibilidade.

Nessa ótica, Luis Alberto Warat ressalta sobre a fundamentação e a relevância da alteridade nas relações sociais:

> A alteridade se fundamenta num pacto fantasmático de não agressão recíproca, excluindo num segundo momento o não uso da violência para a solução dos conflitos. As partes se comprometem fantasticamente a resolver seus conflitos por meio de uma negociação que desemboca em um compromisso de entendimento. A não agressão do pacto fantástico é a procura de outras formas de entendimento, que não passem pela violência (WARAT, 2004, p. 32).

Contudo, a mediação aposta em novos horizontes para que sejam facilitadas as comunicações pelos sentimentos a partir do entendimento do conflito como um potencial transformador, sobretudo, um encontro de sensibilização entre os envolvidos no liame conflitivo. A partir da mediação, os conflitos são tratados de maneira de não despersonalize suas construções e transformações positivas. A mediação apresenta-se como um método ecológico de tratamento de conflitos porque desconstrói o litígio presente no vínculo entre os conflitantes, bem como é uma possibilidade fortalecedora de reaproximar os laços afetivos que se fragilizaram em virtude do ambiente conflitivo.

Portanto, o método da mediação é uma "pedagogia revolucionária de reconstrução dos vínculos esmagados" (WARAT, 2010, p. 18).

Por conseguinte, a mediação detém caráter ecológico, tendo em vista que "o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal" (WARAT, 1998, p. 05). Nesse pensamento, a mediação deve ser praticada em consonância com a autonomia, haja visto que precisa "fornecer visões de integridade e de humanização do homem" (WARAT, 2001, p. 68). Do mesmo modo, a mediação aposta no ser humano como protagonista de suas relações com o Outro(eu) porque "as mesmas partes envolvidas que tentam, por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de uma mirada interior os ingredientes (afetivos, jurídicos, patrimoniais ou de outros tipos) que possam gerar o diferente" (WARAT, 2001, p. 76).

Na concepção de Carlos Eduardo Vasconcelos, a mediação pode ser definida como:

> Um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido e aceito, expõe o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo (VASCONCELOS, 2008, p. 36).

Nessa ótica, a mediação como forma ecológica de tratamentos de conflito atua a partir de um diálogo não-violento (Comunicação não-violenta (CNV)), "uma abordagem específica da comunicação- falar e ouvir- que nos leva a nos entregarmos de coração, ligando-nos a nós mesmos e aos outros de maneira tal que permite que nossa compaixão natural floresça" (ROSENBERG, 2006, p. 21). A partir de tal desenvolvimento de diálogo mediativo, "a CNV se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas" (ROSENBERG, 2006, p. 21). É uma forma de compreender a humanidade como lugar comum de compartilhamento de experiências criativas, ao passo que no âmbito do direito de família é imprescindível implementar a prática da mediação.

Logo, "um Direito sensível, humano e fundamentado na fraternidade exige o reconhecimento do amigo da humanidade" (GIMENEZ, 2018, p. 96). Outrossim, "ser amigo da humanidade é participar dos destinos das pessoas movido por uma ideia, ter respeito por qualquer outro e por si mesmo, possuir sensibilidade, dever e responsabilidade" (GIMENEZ, 2018, p. 96). Igualmente, compreende-se que "a humanidade é termo inclusivo, é o lugar-comum das diferenças, pois contém, ao mesmo tempo, amizade e inimizade" (GIMENEZ, 2018, p. 96). O objetivo da mediação "é nos lembrar do que já sabemos – de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar uns com os outros – e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento" (ROSENBERG, 2006, p. 21).

No ponto de vista de Águida Arruda Barbosa a medição familiar é determinada como sendo:

> Um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe (BARBOSA, 2003, p. 340).

Assim sendo, "a mediação, como um meio para facilitar a solução de controvérsias, deve ser entendida, em todo o seu procedimento, como prevenção, já que evita a má administração do problema e procura o tratamento dos conflitos" (SALES, 2004, p. 30). Nesse interim, "a mediação consiste na atividade de facilitar a comunicação entre as partes para propiciar que estas próprias possam, visualizando melhor os meandros da situação controvertida, protagonizar uma solução consensual" (TARTUCE, 2008, p. 208). Acrescenta-se a importância de revelar o conceito de comunicação não-violenta, haja visto que é "uma abordagem específica da comunicação- falar e ouvir- que nos leva a nos entregarmos de coração, ligando-nos a nós mesmos e aos outros de maneira tal que permite que nossa compaixão natural floresça" (ROSENBERG, 2006, p. 21).

Em decorrência disso, Charlise Paula Colet Gimenez assevera sobre a mediação sob a perspectiva de Luis Alberto Warat:

> Ao falar-se em mediação, deve-se compreender como um estar no meio entre dois polos diferentes, mas cúmplices e rivais nos quais um depende do outro. Dessa forma, mediação indica um complexo de atividades voltado a ligar dois termos distantes, mas conexos entre si. Mediar significa religar aquilo que está desconexo justamente pelo fato de que compartilham exatamente aquilo que os separa (GIMENEZ, 2018, p. 77).

Nesses termos, a mediação como método de tratamento de conflitos, apresenta-se como "resposta possível e mais adequada para atender à atual complexidade conflitiva, pois é um procedimento de sensibilidade que institui um novo tipo de temporalidade" (GIMENEZ, 2017, p. 08). Diante de todo o exposto, vislumbra-se que "os seres humanos demonstram, entretanto, maior habilidade para se envolver em conflito do que para lidar com eles" (FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, Et. Al., 2008, p. 48). Nesse escopo, refere-se que a mediação se operacionaliza no arranjo civilizacional como "direito de alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro" (WARAT, 2001, p. 69).

Em síntese, para Luis Alberto Warat a mediação é uma possibilidade de abertura de caminhos democráticos, ao passo que propicia a concretização da cidadania, da democracia e dos direitos humanos:

> Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização. As práticas sociais de mediação configuram-se em um instrumento de exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomada de decisões, sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados em um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania, em certo sentido, é ocupar-se da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). E a autonomia uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação à conflitividade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais, e nos integrarmos no conflito com o outro, com um sentimento de pertinência comum. E uma forma de poder perceber a responsabilidade que toca a cada um em um conflito, gerando devires reparadores e transformadores (WARAT, 2004, p. 66).

À vista disto, tem-se que "a democracia tem de ser julgada não apenas pelas instituições que existem formalmente, mas também por diferentes vozes, de diversas partes da população, na medida em que de fato possam ser ouvidas" (SEN, 2011, p. 11). Posto isto, no que concerne ao fenômeno da alienação parental nos conflitos familiares,

compreende-se que "as pessoas que parecem ser monstros são apenas seres humanos cuja linguagem e comportamento às vezes nos impedem de perceber sua natureza humana" (ROSENBERG, 2006, p. 168). A título de conclusão, constata-se que a mediação é considerada uma forma ecológica de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família, e, consequentemente, atua para tratar a perversidade do fenômeno da alienação parental para que se construa uma sociedade pautada na democracia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que devido à complexidade da sociedade atual, as dinâmicas de interação dos arranjos familiares contornam novas experiências conflitivas, como a ocorrência do fenômeno da alienação parental no âmbito do Direito de Família. Nessa conjuntura, a teoria do conflito torna-se uma base teórica coesiva capaz de atrelar discussões que desenvolvam um arsenal adequado para a compreensão do fenômeno e da intersecção existente entre indivíduo e complexidade social. Devido a tal situação problemática, observa-se que é necessário que se instituam formas de tratamento de conflitos que sejam capazes de transformar as relações sociais de forma ecológica em prol de uma cultura de paz, como a prática da mediação familiar.

Assim, quando apresentada no cenário social, a mediação de conflitos institui novos horizontes emancipadores aos indivíduos envolvidos no liame conflitivo. Nessa conjuntura, apresenta-se a aposta na mediação como forma de tratamento de conflitos no âmbito do Direito de Família, tendo em vista que se perfectibiliza como prática potencializadora de experiências humanas criativas e de evolução social. Assim, constata-se que para que ocorra a mediação, é fundamental a observância de uma sistemática dotada de condições adequadas e também o resguardo aos princípios elementares do respeito, da alteridade e do bom senso para que aconteça uma mudança de postura dos envolvidos e a prática obtenha êxito em sua aplicabilidade.

Por derradeiro, a mediação aparece no cenário social como prática heurística e ecológica de transformação do mundo real e do humano que produz respostas aos conflitos em operacionalização na complexidade das relações interpessoais. Ademais, salienta-se que a mediação cria condições para pensar livremente, transforma ambientes hostis em ambientes de diálogo pelo entendimento a partir da autocomposição de conflitos. Em outras palavras, a colateralidade da mediação encontra respaldo por ser uma forma educativa de efetivar uma política pública de concretização de cidadania no âmbito da perfectibilização dos direitos humanos e na aplicabilidade da democracia em consonância com os princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, diante da complexidade social, constata-se que tal conjuntura socioestrutural é terreno fértil para a proliferação de conflitos, motivo pelo qual justifica-se a necessidade de se implementar métodos de tratamento de conflitos, os quais sejam capazes de atingir transformações positivas nos espaços em que se instalam. A complexidade das relações sociais na sociedade mundial revela a existência de um tecido humano e social pluralista pautado em um dinâmica conflitiva crônica. Na mesma toada, a mediação é um método potencial transformador de realidades porque dá significação a existência humana quando reconhece que todos são integrantes de operações comunicativas e merecem reconhecimento.

A mediação acontece com o auxílio de um mediador, que despolariza a situação conflitiva e descarta toda e qualquer possibilidade de competição entre os envolvidos, ao passo que preza pela cooperação e elimina o caráter paranoico do binário amigo/inimigo. Por derradeiro, é de grande importância tornar os indivíduos

conscientes do seu protagonismo social, de modo que, consigam resolver seus conflitos a partir de um diálogo produtivo em consonância a humanidade. Com licença poética, a partir da obra *O Pequeno Príncipe,* escrita pelo autor Antoine de Saint-Exupéry, relaciona-se que a mediação seja uma forma de "só ver bem com o coração pois o essencial é invisível aos olhos".

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação familiar: uma vivência interdisciplinar. In: ROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Orgs.). **Direito de família e psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. 2. reimpressão. São Paulo: Editora 34, 2016.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito: processos construtivos e destrutivos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em arbitragem, negociação e mediação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

FIORELLI, José Osmir. MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. FIORELLI, Maria Rosa. **Mediação e Solução de conflitos**: Teoria e Prática. São Paulo: Atlas, 2008.

FREUND, Julien. **Sociología del conflicto**. Traduccion de Juan Guerrero Roiz de la
Parra. Madrid: Ministério de Defensa, Secretaria General Técnica, D.I., 1995.

GIDDENS, Anthony. **Mundo em Descontrole**: O que a Globalização está fazendo de nós?. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **Conflito, Alteridade e Direitos Humanos**. 1. edição. Curitiba: Editora Multideia, 2017.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **O novo no direito de Luis Alberto Warat***:* Mediação e sensibilidade. Curitiba: Juruá, 2018.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Marlete Mota. **A alienação parental**: A mediação como instrumento consensual para restabelecer e preservar o vínculo afetivo entre as partes. Mediação enquanto política pública. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **Alienação Parental e Mediação**. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/nespeciais/nucleomed/publicacoes/artigos/alienacao.parental.e.a.mediacao.pdf. Acesso em: 27 ago. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. **Guarda compartilhada coativa**. 1. ed. Salvador, 2018.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta**: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoas e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e Mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: família, escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Medição de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução de Carlos Alberto Pavanelli *et al*. São Paulo: Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação no direito familista e sucessório**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: A mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WÜST, Caroline. **Mediação comunitária e acesso à justiça**: as duas faces da metamorfose social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

10
A VIOLÊNCIA TEM CARA, COR E CLASSE SOCIAL: O RACISMO AMBIENTAL COMO LIMITADOR AO ACESSO DA POPULAÇÃO NEGRA A UMA EFETIVA CIDADANIA

Isabela Luisa Preichardt[1]
Alini Bueno dos Santos Taborda[2]

RESUMO: O presente trabalho, após evidenciar o histórico do racismo negro brasileiro de forma breve, explanará sobre o prisma do racismo ambiental, também conhecido como racismo ecológico, o qual será estudado e problematizado como um limitador à cidadania dos negros na sociedade atual. Parte-se do pressuposto de que o racismo ecológico se concretiza em detrimento de grupos vulneráveis, que não possuem voz e visibilidade no meio social. Assim, nesse sentido, serão mencionados alguns meios de combate a essas transgressões, os quais são baseados, em muito, na visibilidade desses grupos vulneráveis. Destaca-se, por oportuno, que o método utilizado para a elaboração do presente trabalho científico é a pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Escravidão. Cidadania negra. Racismo ambiental. Racismo ecológico.

---

[1] Graduanda em Direito, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, *campus* Cerro Largo/RS.
[1] Doutoranda e mestra em Direito pela URI - Campus de Santo Ângelo/RS, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Professora de Direito da URI - Campus Cerro Largo/RS, Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Conflito, Cidadania e Direitos Humanos; Novos Direitos na Sociedade Complexa; Gestão e Direito para o Desenvolvimento - EGEDDE, ambos vinculados ao CNPq. *E-mail:* alinitaborda@gmail.com

INTRODUÇÃO

De primeira mão, ao analisar o escorço histórico do Brasil, constata-se que o racismo negro originou-se do período colonial, onde indígenas e, principalmente, africanos foram submetidos a uma vida desumana e cruel, qual seja, a vida escrava. A partir disso, afirma-se que foi criada a cultura racista, que tem como fundamento a imagem inferior dos negros diante dos brancos.

Na pesquisa, usa-se da abordagem qualitativa, já que não há uma preocupação com dados estatísticos e generalizações sistematizadas (MALHOTRA, 2012). A ideia é discutir um assunto específico, e para tal, utiliza-se de técnicas baseadas em revisão bibliográfica e documental (GIL, 2010) em obras e artigos científicos.

A importância deste trabalho se dá pelo fato de que, apesar de estarmos em pleno século XXI e após tanta evolução, esse contexto de preconceito racial não mais poderia existir, mas infelizmente persiste, e a discussão sobre a temática merece cada vez mais visibilidade, ainda mais por se tratar do racismo ambiental, modalidade que causa, direta e indiretamente, consequências e/ou modificações a sociedade como um todo.

1 HISTÓRICO DO RACISMO NEGRO BRASILEIRO:

> *O racismo não está inscrito na natureza, existam ou não raças: é uma decisão humana, que escapa à esfera da biologia e se mantém no âmbito dos valores (sendo um valor negativo). (PATY, 1998, p. 164)*

O racismo negro dos dias atuais nada mais é que uma herança do pensamento e da cultura escravagista, que infelizmente não desapareceu com o passar dos anos. Essa ideologia alega que a raça branca é superior em relação aos negros e, para realizar essa diferenciação, utiliza como parâmetro a raça, origem e a cor dos indivíduos.

De primeira mão, conforme já elucidado anteriormente, afirma-se que o racismo brasileiro é resultado do período escravagista, que durou em média 350 (trezentos e cinquenta) anos, onde indígenas e africanos foram submetidos a uma vida miserável e desumana, a vida escrava.

Nesse sentido, Kabengele Munanga e Nilma Lino Gomes afirmam:

> Ele é resultado de crença de que existem raças ou tipos humanos superiores e inferiores, a qual se tenta impor como única e verdadeira. Exemplo disso são as teorias raciais que serviam para justificar a escravidão no século XIX, a exclusão dos negros e a discriminação racial. (2006, p. 179).

Em suma, tem-se que os escravos tinham seus direitos e interesses totalmente suprimidos e ignorados, e, por consequência, sua dignidade e cidadania acabavam plenamente afetadas pela rotina árdua e pesada de trabalho e submissão. Nesse ponto, vislumbra-se que os escravos só possuíam o direito de poder trabalhar arduamente em jornadas de trabalho exageradas para seus senhores, sem remuneração, a custo de castigos e torturas em caso de desobediência. Ademais, os escravos eram *arrumados* para serem valorosamente vendidos, como se fossem animais ou objetos para uso – comercialização de negros/ escravos.

Desta forma, as desigualdades surgem e com muita força, pois havia o extremo que não possuía nada e o outro que possuía tudo, sendo o aspecto usado para realizar essa diferenciação, a raça e cor. Importante mencionar que essas situações discriminatórias são a mais nítida expressão que existe uma classificação que

desqualifica e estigmatiza o negro, ou seja, condenando grande parte dessa população ao confinamento inicialmente nos cortiços, e depois nas periferias e favelas, à margem de qualquer possibilidade de cidadania.

Em outras palavras, afirma-se que os homens brancos (os senhores) tinham tudo, inclusive o poder, e os homens negros (escravos) não possuíam nada, nem mesmo dignidade, conforme Maria Luiza Tucci Carneiro ressalta, "*o negro e o mestiço dificilmente conseguiam igualar-se ao homem branco. O mundo da senzala sempre esteve muito distante do mundo da casa- grande*" (2007, p. 14).

Com o início das rebeliões ofertadas pelos próprios negros- se não fossem eles lutar por seus direitos, quem lutaria? -, percebeu-se a necessidade de algumas mudanças, principalmente legislativas, que de alguma forma garantissem mínimos direitos aos escravos. Nesse sentido, podemos afirmar que a primeira medida que realmente impactou o sistema escravagista foi a Lei Eusébio de Queiroz, que estabelecia medidas proibitivas ao tráfico negreiro, seguida da Lei do Ventre Livre, que regia a situação dos filhos das escravas.

Ato contínuo, após 14 (quatorze) anos, foi criada a Lei dos Sexagenários, que garantia a liberdade para os escravos de pelo menos 65 (sessenta e cinco) anos, e, por fim, a Lei Áurea, que *extinguiu a escravidão*, questão que se relativiza em sua extremidade. Isso porque, a referida legislatura mostrou-se apenas um pedaço de papel: a escravidão foi extinta, porém, os escravos não receberam nenhuma assistência ou indenização do estado para conseguir exercer essa liberdade. Com isso, muitos optaram por continuar nas fazendas em troca de subsistência, e outros se aventuraram nas cidades em busca de emprego.

A escravidão foi formalmente abolida, mas a cultura continuou, o povo de pele branca continuou a tratar o povo de pele escura com inferioridade, submissão e insignificância. A falta de solidariedade e oportunidade dos brancos para com os negros colaborou significativamente para a formação social atual.

> A nação brasileira, comandada por gente dessa mentalidade, nunca fez nada pela massa negra que construíra. Negou-lhe a posse de qualquer pedaço de terra para viver e cultivar, de escolas em que pudesse educar seus filhos, e de qualquer ordem de assistência. Só lhes deu, sobejamente, discriminação e repressão. (RIBEIRO, Darcy, 2016, p.167).

Assim, formou-se a atual favela brasileira, pois os negros sempre viveram à margem da sociedade branca e excluídos pelo preconceito. No mesmo sentido, Ribeiro (2016, p. 157) relata que agora *"fica a grande massa das classes oprimidas dos chamados marginais, principalmente negros e mulatos moradores das favelas e periferias da cidade"*.

Esta discriminação é como uma espécie de cláusula de diferenciação ideológica entre, em grande maioria, brancos e negros, ricos e pobres, bons e ruins. Todavia, a divergência mais notória é a econômica, sendo esta um fragmento da escravidão onde, os brancos possuíam tudo e os negros não possuíam nada, e quando libertos, ainda continuavam sem posse alguma.

Finalizando essa parte inicial, concorda-se com Darcy Ribeiro, que refere que a *"a luta mais árdua do negro e de seus descendentes brasileiros foi, e ainda é, a conquista de um lugar e de um papel de participante legítimo na sociedade nacional"* (2016, p. 166).

2 RACISMO AMBIENTAL COMO LIMITADOR À CIDADANIA:

Ultrapassada a fase introdutória, estuda-se nesse ponto, a problemática do racismo ambiental/ecológico como um limitador à efetiva cidadania da população negra. E, nesse momento, essencial esclarecer o que significa o racismo ambiental, uma vez que se trata de conceito não muito conhecido e/ou debatido na atualidade.

Assim, conforme ensina Souza e Oliveira, o racismo ambiental é tido como:

> [...] uma forma de discriminação causada por agentes públicos e/ou privados, mediante ação ou omissão que voluntária ou involuntariamente causam danos e afetam o meio ambiente e a qualidade de vida das comunidades baseando-se para tanto em raça, classe, gênero, etnia, casta ou origem nacional [...]".

Ou seja, existe uma forma de racismo que, além disso, abarca questões territoriais: é o denominado racismo ambiental. Conforme Milton Santos, *"o território é onde vivem, trabalham, sofrem e sonham todos os brasileiros. Ele é, também, o repositório final de todas as ações e de todas as relações, o lugar geográfico comum dos poucos que sempre lucram e dos muitos perdedores renitentes, para quem o dinheiro globalizado – aqui denominado 'real' – já não é um sonho, mas um pesadelo"*. (1999, p. 05.)

Em outras palavras, entende-se que se trata de violações ocorridas por intermédio de injustiças no meio ambiental num contexto de racialização. Esse tipo de racismo é gerador de iniquidades praticadas contra grupos vulneráveis, comumente, durante a efetivação de obras do setor privado e também de políticas públicas. Vale lembrar, que já na viagem, nos navios negreiros, os ambientes eram inóspitos e degradantes, assim, tal agir parece ter se perpetuado na sociedade.

Conforme Tania Pacheco:

> Chamamos de Racismo Ambiental às injustiças sociais e ambientais que recaem de forma implacável sobre etnias e populações mais vulneráveis. O Racismo Ambiental não se configura apenas através de ações que tenham uma intenção racista, mas, igualmente, através de ações que tenham impacto "racial", não obstante a intenção que lhes tenha dado origem. (...) O conceito de Racismo Ambiental nos desafia a ampliar nossas visões de mundo e a lutar por um novo paradigma civilizatório, por uma sociedade igualitária e justa, na qual democracia plena e cidadania ativa não sejam direitos de poucos privilegiados, independentemente de cor, origem e etnia" (Pacheco: 2007).

Ora, desde o princípio os negros esbarravam em dificuldades para obter algum lugar na sociedade, e, quando conseguem irrisório espaço, ainda acabam por ter seus direitos e interesses sonegados. Cabe destacar que essas transgressões ocorrem, inclusive, quando inseridos em seus próprios territórios, visto que a comunidade negra, indígenas e outros grupos étnicos são vítimas constantes de desterritorialização. Nesse ponto, concretiza-se o racismo ambiental.[1]

---

[1] Conforme levantamento inicial do Mapa de conflitos causados pelo Racismo Ambiental no Brasil (http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1555) são inúmeras as consequências desse tipo de injustiça. A contaminação do solo por resíduos tóxicos está presente em diversos exemplos: no Amapá, o Conselho das Comunidades Afrodescendentes conseguiu vencer a luta contra os resíduos de manganês deixados pela ICOMI na Serra do Navio, após quase 30 anos de exploração do minério; na Bahia, habitantes de bairros negros ainda se vêem às voltas com crianças que nascem mortas ou inteiramente deformadas, em consequência da contaminação provocada pela Companhia Brasileira de Chumbo ao longo de décadas; no Ceará, os Jenipapo-Kanindé continuam sua luta contra a empresa Ypióca, que explora a água da sua sagrada Lagoa Encantada para alimentar seus 4.000 hectares de monocultura de cana e produzir cachaça e polui com vinhoto o lençol freático da reserva. Litoral abaixo, a carcinicultura expulsa povos indígenas, caiçaras, pescadores tradicionais e marisqueiras, destruindo manguezais e contaminando solo e trabalhadores com produtos tóxicos. (PACHECO: 2007)

Aqui, vale frisar que conforme anteriormente dito, as principais vítimas do racismo ambiental são indivíduos excluídos dos processos de participação social e política, e em desvantagem econômica, ou seja, as populações negras, pobres, indígenas e quilombolas. Em outras palavras, é muito mais fácil retirar direitos daqueles que não possuem voz e visibilidade na sociedade, de modo a conseguir evitar que seus direitos e interesses sejam afetados.

Evidente, com isso, que tais grupos possuem sua cidadania plenamente afetada, sendo humilhadas e marginalizadas, tendo que alterar seu modo de vida dentro do seu próprio território, muitas vezes por ações e/ou omissões que possuem como objetivo final, tão somente vantagens econômicas.

Quanto à cidadania, é possível dizer que, todo cidadão, que integra a sociedade pluralista do Estado democrático, é senhor do exercício da cidadania, a qual, em síntese, é um vocábulo que expressa um extenso conjunto de direitos e de deveres. (MARSHALL, 1967). Mas, aqui consideramos essa em sua visão atual e ampla, enquanto política de direitos humanos, e assim, importante o exposto por João Maritns Bertaso:

> [...] a cidadania enquanto política dos direitos humanos tende a legitimar os cidadãos no direito de agir em defesa da vida e apostando numa sociedade que pode se sustentar em cuidados mútuos; há que se reconhecer o direito à diferença, considerando as culturas particulares – suas diversas dimensões espaciais e temporais, local e global – com suas respectivas articulações e inter-relações. (2008, p. 15),

Percebe-se que a escravidão e o racismo fizeram com que os negros tivessem que viver sempre à margem da sociedade, formando as atuais favelas, cortiços, subúrbios, vilas e periferias. Com isso, os mesmos sempre estiveram acomodados nos piores lugares das cidades e quando, eventualmente, se encontram em áreas um pouco mais valorizadas, são expulsos, ocorrendo, assim, um verdadeiro processo de expropriação de terras, o qual faz com que as pessoas afetadas saiam do seu local de origem, sendo submetidas a uma vida incompatível com os conceitos de igualdade e cidadania.

No centro dessa questão, como uma das formas de perceber o racismo devemos relacioná-lo diretamente com a divisão de classes sociais, pois historicamente no Brasil, configurou-se uma estreita relação entre ser negro e ser pobre. Como afirma Bento (2002, p. 27): A pobreza tem cor. Em complemento, para demonstrar de forma mais clara o acima exposto, traz-se de modo exemplificativo as seguintes situações: populações marginais que vivem perto dos lixões e aterros sanitários, comunidades quilombolas afetadas pela poluição proveniente dos garimpos, pequenos povoados que não auferem saneamento básico, entre outras.

Para clarificar ainda mais a ideia, pergunta-se: *quando determinado município possui o intuito de construir um lixão próprio, ao escolher o terreno, irá optar por local próximo a um bairro nobre da cidade ou ao lado da periferia?* Obviamente, a segunda opção será a escolhida, por ser a mais passível.

Ainda, e não menos importante, percebe-se que o racismo ambiental ultrapassa as questões geográficas. Para comprovar tal alegação, basta observar que, na atualidade, um grande preconceito que se tem é com as periferias, as quais são vistas, de modo geral, como locais de violência. Dessa forma, tem-se a automática reprodução de que a comunidade negra, por ser a predominante em tais localidades, é a responsável pela violência e a criminalidade.

Em cidades menores existem as conhecidas *vilas*, pequenos subúrbios que se separam, geográfica e socialmente, do restante do município. Assim, por exemplo,

quando algum crime ocorre, não raro se escuta: *"deve ser alguém que mora na vila"*. Nesse contexto, um estigma é criado com aquele determinado povoado, de forma que o considera inferior pelo simples motivo de sua localização geográfica de habitação.

Acredita-se que essas situações são resquícios da escravidão e de todo histórico de marginalização, fazendo existir o racismo baseado na cor e raça e que se torna mais severo e acentuado quando direcionado a um negro que reside na periferia. Desse modo, a raça foi e continua sendo utilizada para hierarquizar a sociedade, apesar de abandonada cientificamente, permanece ativa como símbolo de dominação. Nesse aspecto, primordial o que assevera Munanga:

> Se na cabeça de um geneticista contemporâneo ou de um biólogo molecular a raça não existe, no imaginário e na representação coletivos de diversas populações contemporâneas existem ainda raças fictícias e outras construídas a partir das diferenças fenotípicas como a cor da pele e outros critérios morfológicos. É a partir dessas raças fictícias ou "raças sociais" que se reproduzem e se mantêm os racismos populares. (2004, p.22)

O racismo se apresenta em contextos e formas diversas, mas nas diferentes manifestações racistas, é possível perceber um ponto comum. Conforme Wieviorka (1991), é a "*demonização*" de um grupo racial em face da supervalorização de outro grupo com base em suas características raciais, isto é, atributos físicos, genéticos que são relacionados com atributos intelectuais e morais. Ainda, conforme tal autor as diferenças culturais por si só não explicam o racismo, mas deixam claro que ele surge e se desenvolve em espaços de desigualdade social e dominação, como justificativa para a inferiorização de determinados grupos.

3 MECANISMOS DE COMBATE

Avançando no tema em estudo, parte-se do pressuposto que o racismo ambiental se propagada em detrimento de grupos que não possuem visibilidade na sociedade, explora o meio ambiente, mas, acima de tudo, afeta drasticamente indivíduos vulneráveis, que, por serem integrantes dos grupos minoritários, sem a devida atenção, acabam por ter suas vidas rodeadas por miséria, falta de acesso à água potável, saneamento básico, entre outros quesitos básicos que deveriam compor o rol básico de direitos fundamentais desses cidadãos, para lhe oportunizar uma vida digna.

Nesse sentido, importante as considerações de Munanga, o qual ressalta que por mais que atualmente tenhamos um discurso diferente, o racismo prossegue, e igual, ou seja, realizado pelos mesmos grupos em direção a outros grupos, que continuam sofrendo as mesmas consequências. E acrescenta que

> [...] o racismo hoje praticado nas sociedades contemporâneas não precisa mais do conceito de raça ou da variante biológica, ele se reformula com base nos conceitos de etnia, diferença cultural ou identidade cultural, mas as vítimas de hoje são as mesma de ontem e as raças de ontem são as etnias de hoje. O que mudou na realidade são os termos ou conceitos, mas o esquema ideológico que subentende a dominação e a exclusão ficou intato." (2003.p.12-13)

Dessa forma, resta clara a necessidade de um agir social responsável, buscando construir realidades mais e a necessidade de se ter como base o princípio norteador da justiça ambiental, o qual Bullard conceitua como:

> A busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à laboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas. (apud ACSELRAD, 2009)

Assim, com o intuito de reverter essa situação, criaram-se alguns projetos, que merecem destaque na presente análise. Primeiramente, tem-se o *blog* "*Combate ao Racismo Ambiental*", mantido por Tania Pacheco, que tem como objetivo dar visibilidade ao assunto, com a elaboração de matérias sobre a temática.

Ainda, muito interessante é o projeto: *Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil,* idealizado pelo Núcleo Ecologias, Espistemologias e Promoção Emancipatória da Saúde (NEEPES), Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca (ENSP) e Fundação Osvaldo Cruz (FIOCRUZ).

Nesse sentido, o referido programa possui como objetivo principal: "*tornar públicas vozes que lutam por justiça ambiental de populações frequentemente discriminadas e invisibilizadas pelas instituições e pela mídia"* (Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil).

Além disso, o mesmo coaduna com o explicitado anteriormente, uma vez que refere que o propósito da atualidade deveria ser a busca por uma sociedade fraterna e igualitária. Entretanto, tal ideia acaba rechaçada quando *"investimentos econômicos, políticas e decisões governamentais acabam por prejudicar os direitos fundamentais de comunidades indígenas e quilombolas, agricultores familiares, pescadores artesanais, comunidades tradicionais diversas, mas também trabalhadores e moradores das cidades que vivem nas zonas de sacrifício"* (Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil).

Sobre a didática do projeto, cita-se que o levantamento teve como recorte denúncias a partir de janeiro/2006 e, para o fichamento dos casos, foram considerados, entre outros, os seguintes itens:

> **a)** tipo de população atingida e o local do conflito, como: povos indígenas, operários/as, quilombolas, agricultores/as familiares, moradores/as em encostas, ribeirinhos/as, pescadores/as e outros/as tantos/as, urbanos ou rurais;
>
> **b)** tipo de dano à saúde (contaminação por chumbo, desnutrição, violência física, dentre outros) e de agravo ambiental (desmatamento, queimada, contaminação do solo e das águas por agrotóxicos, por exemplo);
>
> **c)** a síntese do conflito e o contexto ampliado do mesmo, apresentando os principais responsáveis pelo conflito, as entidades e populações envolvidas na luta por justiça ambiental, os apoios recebidos ou não (como participação de órgãos governamentais, do Ministério Público e de parceiros da sociedade civil), as soluções buscadas e/ou encontradas; e
>
> **d)** os principais documentos e fontes de pesquisa usadas na pesquisa sobre o caso (Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil).

O *mapa* possui registro total de 605 (cento e cinco) conflitos, entretanto, há um filtro de pesquisa, que viabiliza a análise específica. Assim, objetivando trazer um exemplo de acordo com o tema ora problematizado, efetuou-se a seguinte pesquisa:

POPULAÇÕES: moradores em periferias, ocupações e favelas.
ATIVIDADES GERADORAS DE CONFLITOS: aterros sanitários, incineradoras e usinas de reciclagem.
DANOS À SAÚDE: geral
IMPACTOS SOCIAMBIENTAIS: geral

Como resultado, logrou-se o seguinte:

ATERRO DO ITAOCA, localizado no Município de São Gonçalo (RJ), possui 07 (sete) km² de extensão, onde se despeja diariamente cerca de 800 (oitocentas) toneladas de resíduos domésticos, hospitalares e industriais. Durante décadas, o lixão abrigou uma população de cerca de 400 (quatrocentos) catadores de materiais recicláveis, com proteção precária. Para mais, o aterro também abriga em torno de 50 (cinquenta) crianças e adolescentes, as quais partilham com os adultos o trabalho pesado e o ambiente insalubre. Assim, a infância dessas crianças se passa em meio à miséria, fome, ao risco de acidentes e à exposição a gentes nocivos, o que pode comprometer irremediavelmente seu desenvolvimento. Por fim, entre os agravos à saúde identificados pelas pesquisadoras no local, estão incluídos: acidentes, intoxicações alimentares e químicas por metal pesado, infecções respiratórias, cutâneas e digestivas, desidratações, anemias por má nutrição, fadigas por esforço intenso e exposição a altas temperaturas do ambiente (Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil).

Conclui-se, dessa maneira, que o referido projeto constitui uma ferramenta de visibilidade muito interessante, proporcionando o conhecimento e o estudo acerca de conflitos ambientais e sociais que ocorrem em nosso país.

Além disso, percebe-se que o mesmo atua compreendendo a cidadania como respeitadora das diferenças, afastando a hegemonia, seletividades e segregações, ou seja, qualquer critério considerado excludente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de análise conclusiva, percebe-se que a escravidão gerou o racismo, o qual persiste até os dias atuais. Porém, em que pese toda questão ideológica sobre a cor da pele dos indivíduos, surge à modalidade do racismo ambiental/ecológico, o qual retira direitos mínimos adquiridos pelos grupos vulneráveis, como negros e indígenas.

Isto resulta em uma guerra diária do negro contra esse processo preconceituoso, que se aproveita da vulnerabilidade social dos indivíduos para lhes privar as coisas mais comuns e essenciais para uma vida digna, inclusive a sua propriedade, saúde, identidade cultural, educação, entre outros.

Embora se perceba uma tentativa de fortalecer o ideário de que no Brasil não há racismo, o resquício deixado pelo conceito de raça biológica por vezes organiza o olhar da sociedade, ou seja, a sociedade brasileira é racista em suas mais variadas formas de manifestação.

Para mais, o racismo, seja qual for sua modalidade, desrespeita os direitos fundamentais da respectiva comunidade afetada, bem como fere a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, é necessário trazer essas questões para o debate, uma vez que a facilidade dessas transgressões se dá pela falta de visibilidade e voz desses grupos em nossa sociedade atual. Trabalhar em sentido contrário se faz medida essencial, devendo-se dar atenção e publicidade aos movimentos e projetos que lutam por essa pauta.

Por fim, a busca por protagonismo e representatividade desses grupos vulneráveis em lugares de *poder* se faz imprescindível para a reversão dessa situação degradante, pois, tendo quem fala, obrigatoriamente haverá quem escuta, e partir disso, a mudança poderá ser mais palpável, ressaltando-se, aqui, que o racismo não é um problema apenas dos negros, mas da sociedade brasileira como um todo.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental?* Rio de Janeiro/RJ: Garamond, 2009.

BERTASO, João Martins. **Os Direitos Humanos como política de cidadania**. *In*: **Revista Direitos Culturais**. No 5. Santo Ângelo: FURI, dez 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 13.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**, 2004.

***Blog* "*Combate ao Racismo Ambiental*"**, disponível em: https://racismoambiental.net.br/quem-somos-2/quem-somos-nos/ . Acesso em: 30 de agosto de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/. Acesso em: 07 de agosto de 2018.

BULLARD, Robert. **Environmental Justice**: Strategies for building healthy and sustainable communities. *(paper presented at the II World* Social Forum). Porto Alegre/RS, 2002.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. **O racismo na história do Brasil**: mito e realidade. 8. ed. São Paulo. Atica, 2007

DA FONSECA, Danilo Ferreira. **Direitos humanos na África do Sul**: entre o apartheid e o neoliberalismo. Projeto História: São Paulo, pp.15-39, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GOES, Fernanda Lira e SILVA, Tatiana Dias. **O regime internacional de combate ao racismo e à discriminação racial.** Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

GOHN, Maria da Glória. **Teoria dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos, 1997.

MALHOTRA, Naresh K. **Pesquisa de marketing**: uma orientação aplicada. 6. ed. Porto Alegre: Bookman, 2012.

Mapa de Conflitos Envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, disponível em: http://mapadeconflitos.ensp.fiocruz.br/ . Acesso em: 30 ago. 2020.

MUNANGA, Kabengele. U**ma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia**. In: BRANDÃO, A. A. P. Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2004.

MUNANGA, Kabengele; GOMES, Nilma Lino. **O Negro no Brasil de Hoje**. São Paulo: Global, 2006.

ONU- Organização das Nações Unidas. **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial**, 1968. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_internacional_eliminacao.pdf Acesso em: 05 de setembro de 2018.

ONU- Organização das Nações Unidas. **III Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Conexa**, 2001. Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/pdf/racismo.pdf Acesso em: 05 set. 2018.

ONU- Organização das Nações Unidas. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos,** 1978. Disponível em: http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf Acesso em: 05 de setembro de 2018.

ONU- Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos,** 1948. Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf Acesso em: 05 set. 2018.

PACHECO, Tania. 2007, "**Inequality, Environmental Injustice, and Racism in Brazil**: Beyond the Question of Colour". In: Development in Practice. Aug.2008, Vol.18(6). Versão em português disponível em http://www.justicaambiental.org.br/_justicaambiental/pagina.php?id=1869, sob o título "Desigualdade, injustiça ambiental e racismo: uma luta que transcende a cor".

PATY, Michael. **Os discursos sobre a raça e a ciência**. Estudos avançados, 12 (33), p. 157-170, 1998.

PEREIRA, Analúcia Danilevicz . **Apartheid**: apogeu e crise do regime racista na África do Sul (1948-1994). *In*: MACEDO, JR., org. Desvendando a história da África [online]. Porto Alegre: Editora da UFRGS, pp. 139-157, 2008

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos**. I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001.

PIOVESAN, Flávia e GUIMARÃES, Luis Carlos Rocha. **Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. ND. Disponível em:

http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado8.htm Acesso em: 04 de setembro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Ações Afirmativas sob a perspectiva dos Direitos Humanos**. Cadernos de Pesquisa, v. 35, n.124, p. 43-55, jan/abr., 2005. Disponível em: www.scielo.br/pdf/cp/v35n124/a0435124.pdf.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 3. ed. São Paulo: Global, 2016.

RISÉRIO, Antônio. **A utopia brasileira e os movimentos negros**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2007

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **A (in)diferença no direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SANTOS, Milton. "**O chão contra o cifrão**". Folha de São Paulo, São Paulo, 28 fev.1999.

SOUZA, A. S. de.; OLIVEIRA, T. P. **O racismo ambiental na ilha do Cururupeba**. Disponível em<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/26464/26027> Acesso em: 25 mar. 2020.

ZONINSEIN, Jonas. **Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento**: um novo papel para universidades públicas como gerenciadoras da ação afirmativa no Brasil. *In*: JÚNIOR, João Feres e ZONINSEN, Jonas. Ação afirmativa e universidade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2006.

WIEVIORKA, Michel. **L'espace du racisme**. Paris: Du Seuil, 1991.

11
APOSENTADORIA ESPECIAL SOB A NOVA ÓTICA DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA

Gabriel Henrique Matievicz[1]
Luciano Alves dos Santos[2]

RESUMO: A Emenda Constitucional 103/2019 trouxe mudanças significativas nas regras que disciplinam a concessão dos benefícios previdenciários. Dentre as principais mudanças, a aposentadoria especial é um dos benefícios que mais teve aspectos negativos. As novas regras estabeleceram a exigência de, além do tempo de contribuição anteriormente previsto, a necessidade atingir uma idade mínima. Além disso, a aposentadoria especial alterou a fórmula para o cálculo de salários, deixando de conceder um benefício de valor integral (100% da média salarial) e passou a calcular o valor com base no tempo de contribuição, ou seja, entrando para a regra geral dos benefícios. A aposentadoria antecipada ocorria como forma de compensar o trabalhador que durante toda a vida exerceu atividades que de alguma forma prejudicassem ou colocassem em risco a sua saúde. Com essas alterações, a aposentadoria especial deixou de ser um benefício diferenciado, não compensando de forma adequada àqueles que têm sua expectativa de vida reduzida em razão da atividade que exercem.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Reforma da previdência. Emenda Constitucional 103/2019.

---

[1] Graduando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Erechim/RS. E-mail: gabrielmatievicz@hotmail.com.
[2] Mestre em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS (UFPEL). Pós-graduado em Inovações do Direito Processual pela UNISUL-SC. Professor de Direito Internacional Público e Privado na URI Câmpus Erechim. Servidor da Justiça Federal na Subseção Judiciária de Erechim, onde desenvolve a Supervisão do CEJUSCON (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Transnacional nas Relações Jurídicas Atuais com Ênfase no Direito Digital/Informacional. E-mail: *lucianoa@uricer.edu.br*. Currículo lattes: http:/lattes.cnpq.br/8996637354776615.

INTRODUÇÃO

O estudo que segue aborda a aposentadoria especial segundo a Lei n.º 8.213/1991, o artigo 201 da Constituição Federal de 1988, o Decreto n.º 3.048/1999, bem como as novas regras trazidas pela reforma da previdência (Emenda Constitucional 103/2019) e pelo Decreto n.º 10.410/2020.

A Emenda Constitucional (EC) n.º 103/2019 alterou as regras para concessão da maioria dos benefícios anteriormente previstos, estipulando, entre as principais mudanças, a imposição de uma idade mínima para deferimento dos benefícios programáveis.

A aposentadoria especial é espécie de benefício previdenciário que possui quesitos e critérios diferenciados dos demais, por se tratar de benefício deferido ao trabalhador que labora em condições prejudiciais a sua saúde. O enquadramento da atividade o reconhecimento desses períodos como especiais foi outra alteração que a reforma trouxe.

O objetivo geral é abordar os quesitos e critérios da aposentadoria especial anteriores à reforma da previdência, bem como os quesitos e critérios estabelecidos pela Emenda Constitucional n.º 103/2019. Comparar as legislações e fazer apontamentos sobre as novas regras em questão se mostra pertinente ao trabalhador, já que muitos podem se valer dessas perspectivas para definir um plano de vida ou projetos futuros. O estudo abordará também as atualizações que o Decreto n.º 10.410/2020 trouxe, analisando os benefícios e prejuízos que os segurados do Regime Geral de Previdência Social tiveram com a reforma.

Em linhas específicas, o estudo traz comparações entre as regras novas com as regras antigas, bem como exemplos práticos e reais sobre as situações enfrentadas no dia a dia.

1 Requisitos necessários (antes e após a reforma)

O sistema previdenciário brasileiro compreende um conjunto de leis que visam um sistema protetivo de caráter social. A Constituição Federal de 1988 estabeleceu que a Seguridade Social atuará simultaneamente nas áreas da saúde, assistência social e previdência social.

Sendo assim, o Estado busca atuar de forma direta e ativa na sociedade, a fim de promover o desenvolvimento social e manter condições mínimas de vida à população.

A aposentadoria especial seria mais um dos projetos preventivos e reparadores do Estado, pois possui critérios e requisitos diferenciados das demais espécies de benefícios, a fim de proteger os trabalhadores que exerceram atividades em condições que de alguma forma prejudicam sua saúde ou a integridade física.

Até o advento da Emenda Constitucional n.º 103/2019, mais conhecida como reforma da previdência, a aposentadoria especial era reconhecida quando preenchido os requisitos do artigo 57, da Lei 8.213/1991, que dispõe:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (BRASIL, 1991).

Até o advento da Emenda Constitucional n.º 103/2019, bastava o trabalhador

atingir o tempo mínimo de contribuição em atividade considera como especial, que tinha reconhecido o direito ao benefício. Agora, além do tempo mínimo de 15, 20 ou 25 anos em função especial, precisa atingir a idade mínima de 55, 58 ou 60 anos, respectivamente, conforme artigo 19, §1º, inciso I da EC n.º 103/2019:

> I - aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:
> a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
> b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
> c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

Outro ponto negativo que a reforma da previdência trouxe ao trabalhador, foi a exclusão de atividades perigosas ou penosas como especiais. Como se pode ver, a nova redação passou a proteger apenas aqueles segurados expostos a agentes físicos, químicos ou biológicos. Ou seja, vigilantes, eletricistas e outras categorias que tinham o benefício concedido em razão da periculosidade ou da penosidade deixaram de ter direito à aposentadoria especial.

A aposentadoria com 15 (quinze) anos de tempo de contribuição é exclusiva para mineiros que trabalham permanentemente no subsolo de empresas de mineração, cujos agentes correspondem a uma associação de agentes nocivos à saúde, conforme quadro do Anexo IV, código 4.0.2, do Decreto n.º 3.048/1999.

Para as aposentadorias com 20 (vinte) anos de tempo de contribuição, a exposição deve ser para a mineração subterrânea cujas atividades sejam exercidas afastadas da frente de produção, e também para aqueles expostos a asbesto (amianto crisotila e dos produtos que o contenham) conforme quadro do Anexo IV, códigos 4.0.1 e 1.0.2, respectivamente, do Decreto 3.048/1999.

Já para as aposentadorias com 25 anos de tempo de contribuição, devem estar presentes os demais agentes nocivos do referido decreto, sejam agentes físicos, químicos ou biológicos, desde que ultrapassados os limites de tolerância.

Pode-se dizer que a aposentadoria especial existe em razão dessa exposição a agentes prejudiciais à saúde. A exigência de tempo e idade diferente dos demais benefícios mostra a necessidade de compensar o trabalhador pelo esforço aplicado em prol do desenvolvimento social.

2 Regra de transição

Para que não houvesse grande prejuízo aos segurados que estariam perto da aposentadoria especial, mas que não atingiram os requisitos até a vigência da reforma, a EC n.º 103/2019 trouxe regras de transição, a fim de que o trabalhador não sofresse de forma tão abrupta os efeitos da nova legislação.

O artigo 21 da Emenda Constitucional n.º 103/2019 traz uma alternativa para os segurados ou servidores públicos federais que se filiaram ao Regime Geral de Previdência Social até a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, e que trabalharam em atividade especial. A regra exige que, somando a idade do segurado com o tempo de contribuição, seja atingida uma pontuação mínima, além da comprovação de 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, a depender do agente

nocivo (SANTOS, 2020, p. 2), podendo inclusive somar tempo de contribuição comum na somatória dos pontos.

Para os casos onde é exigido 15 (quinze) anos de efetiva exposição, passa a ser necessário um total de 66 (sessenta e seis) pontos para se beneficiar da regra de transição. Para os casos onde é exigido 20 (vinte) anos de efetiva exposição, é necessário um total de 76 (setenta e seis) pontos. Para os casos onde é exigido 25 anos de efetiva exposição, é necessário um total de 86 (oitenta e seis) pontos.

Nessas hipóteses, não é exigido que o segurado tenha a idade mínima prevista no artigo 21 da EC n.º 103/2019, basta atingir a pontuação para ter direito ao benefício, sem distinção de sexo. Em relação ao valor do benefício, seguirá a norma geral que parte de 60% da média aritmética integral aumentando 2% a cada ano que exceder 20.

3 Beneficiários

O artigo 201, §1, inciso II, da Constituição Federal (CF) dispõe sobre a possibilidade de critérios e requisitos diferenciados a algumas categorias de segurados na hora da aposentação. Até a reforma da previdência, era assegurado a aposentadoria especial aos trabalhadores que exerciam atividades sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, mas a nova legislação limitou à aposentadoria especial aos trabalhadores com exposição a agentes químicos físicos e biológicos:

> § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 103, de 2019)
> II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 103, de 2019). (BRASIL, 1988).

Segundo Bramante (2020, p. 194), a nova redação do artigo 201, §1º, II, da CF destacou a necessidade de efetiva exposição, idade e tempo diferenciados da regra geral, redução da rede de proteção quanto ao campo de aplicações do benefício (agentes físicos, químicos e biológicos prejudiciais à saúde ou associação desses), onde anteriormente era possível o enquadramento como especial das atividades penosas, perigosas ou com colocavam em riscos à integridade física do trabalhador.

Para Schuster (2016), a aposentadoria especial se trata de uma técnica de proteção peculiar da previdência social, visto que o trabalhador está exercendo atividades em condições que prejudicam sua saúde, buscando evitar a efetiva incapacidade do trabalhador pela redução do tempo de contribuição. Nesse sentido, Leitão (2016, p. 397) afirma que:

> O tratamento diferenciado de quem exerce atividade especial não implica ofensa ao princípio da isonomia por revelar um critério razoável. O exercício de atividade potencialmente nociva à saúde ou à integridade física do trabalhador justifica a aposentadoria em menor tempo, tutelando como bem jurídico a saúde, em sentido amplo, do segurado.

Sendo assim, resta claro que a aposentadoria especial merece critérios e requisitos diferenciados das demais espécies de benefício, pois injusto seria se aqueles sem exposição a nenhuma agente nocivo à saúde recebessem o mesmo tratamento

daqueles que tem sua saúde prejudicada em razão da atividade que exercem.

Apesar da nova legislação proteger menos atividades do que habitualmente vinha reconhecendo, ainda existe um tratamento diferenciado para os segurados expostos a agentes físicos, químicos e biológicos, uma vez que a regra permanente exige 62 anos de idade para as mulheres e 65 anos para os homens na forma do inciso I do artigo 201 da Constituição Federal[1].

4 Comprovação do exercício da atividade especial

Segundo Santos (2019), a legislação aplicável ao reconhecimento da atividade exercida pelo segurado, se comum ou especial, assim como a forma de sua demonstração, deve ser aquela vigente à época do exercício da atividade. Para comprovar a efetiva exposição aos agentes nocivos, é necessária a apresentação de formulários como o SB-40 e DSS-8030 até a vigência do Decreto n.º 2.172/97, e, após a edição do referido decreto, o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), devendo a empresa fornecer ao segurado esse documento na forma da Medida Provisória n.º 1.523/96.

Bramante (2020, p. 262) explica que, até a instituição da Lei n.º 9.032/1995 era possível o enquadramento da atividade especial pela categoria profissional. A partir dessa lei, passou a ser exigida a apresentação de formulário que demonstrasse a efetiva exposição a agentes danosos à saúde.

Ou seja, apesar da reforma da previdência ter entrado em vigor em 13 de novembro de 2019, a comprovação do exercício da atividade especial será aquela vigente ao período trabalhado.

5 Conversão do tempo especial

Até o advento da reforma da previdência, o tempo de serviço trabalhado em condições especiais poderia ser transformado em tempo de atividade comum, com o devido acréscimo compensatório em favor do segurado, quando esteve sujeito a trabalho considerado especial, e que não atingiu os requisitos da aposentadoria especial ou por simplesmente optar pela conversão de tempo.

Exemplificando, suponhamos que um homem trabalhou durante 10 (dez) anos em atividade com exposição ao ruído acima dos limites estipulados. Esse segurado poderá multiplicar 10 (dez) anos por 1.4, que totalizará 14 (quatorze) anos de tempo de contribuição, sendo esse acréscimo de 04 anos chamado de tempo ficto.

Destaca-se que essa possibilidade de transformar o tempo especial em comum, com o acréscimo, foi extinta pela reforma da previdência.

O artigo 25, §2 da Emenda Constitucional n.º 103/2019 trouxe essa proibição:

> Art. 25. **Será assegurada a contagem de tempo de contribuição fictício no Regime Geral de Previdência Social decorrente de hipóteses descritas na legislação vigente até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional** para fins de concessão de aposentadoria, observando-se, a partir da sua entrada em vigor, o disposto no § 14 do art. 201 da Constituição Federal.
> § 2º **Será reconhecida a conversão de tempo especial em comum**, na forma prevista na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, ao segurado do Regime

[1] I - 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 62 (sessenta e dois) anos de idade, se mulher, observado tempo mínimo de contribuição; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019).

> Geral de Previdência Social que comprovar tempo de efetivo exercício de atividade sujeita a condições especiais que efetivamente prejudiquem a saúde, cumprido **até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional**, vedada a conversão para o tempo cumprido após esta data. (grifou-se) (BRASIL, 2019).

Para Martinez, a conversão de tempo representa uma transformação do tempo especial para comum (aumentando o tempo de serviço), ou do tempo comum para especial (diminuindo o tempo de serviço) para a concessão da aposentadoria especial.

Desta forma, a vedação de contagem de tempo fictício para efeitos de concessão de aposentadoria não interfere na aposentadoria especial, mas apenas para aqueles que trabalharam parte de sua vida em atividade especial e parte em comum. Na aposentadoria especial o tempo não é transformado, mas apenas reconhecido como especial para efeitos de comprovação da atividade. A partir da reforma da previdência, converter o tempo especial em comum, se tornou algo impossível, por conta do disposto no §14, do artigo 201, da Constituição Federal[1].

Bramante (2020, p. 212) explica que a conversão de tempo é a forma de tornar iguais, ou permitir que sejam somados, períodos de atividades com graus de nocividade distintos ou alternados entre comum e especial.

6 Data de início do benefício

Para a aposentadoria especial, a data de início do benefício, em regra, será a do requerimento administrativo. A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, por meio da Súmula 33[2], deixou expresso que o termo inicial da concessão será a data do requerimento administrativo, por mais que o segurado tenha preenchido os requisitos para aposentadoria especial há muito tempo antes.

O artigo 49 da Lei n.º 8.213/1991 possibilita que, se houver o desligamento do trabalhador na empresa, o segurado possui direito de receber a aposentadoria desde a data do desligamento, quando requerida em até 90 (noventa) dias. Após esse prazo, a DIB passa a contar da data do requerimento.

Referente à data de início do benefício, a EC 103/2019 não alterou os requisitos que até então vinham sendo adotados pelo INSS, garantindo ao segurado o direito de receber aposentadoria especial pelas regras anteriores a reforma da previdência se preenchido os requisitos até a data de sua vigência, por conta do direito adquirido.

7 RMI (antes e pós reforma)

Primeiramente, precisa-se separar a renda mensal inicial para as aposentadorias especiais antes e depois da Emenda Constitucional n.º 103/2019.

Segundo Castro e Lazzari (2020, p. 613), para os que possuem direito adquirido até 13/11/2019, data da entrada em vigor da EC nº 103/2019, e que se filiaram até 28/11/1999, o cálculo deve ser feito com base na média aritmética simples dos 80% maiores salários de contribuição, corrigidos mês a mês, de todo o período contributivo decorrido desde julho de 1994 ou então do início do período contributivo se posterior. Para esses casos, o segurado possui direito ao benefício de 100% da média salarial, conforme artigo 57, §2º da Lei n.º 8.213/1991.

---

[1] § 14. É vedada a contagem de tempo de contribuição fictício para efeito de concessão dos benefícios previdenciários e de contagem recíproca. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

[2] Tema 33 TNU: Quando o segurado houver preenchido os requisitos legais para concessão da aposentadoria por tempo de serviço na data do requerimento administrativo, esta data será o termo inicial da concessão do benefício.

Já para aqueles que não implementaram os requisitos após a entrada da EC nº 103/2019, segue-se a regra do artigo 26 da mencionada emenda. Castro e Lazzari (2020, p. 613) muito bem explicam o referido artigo:

> A partir da entrada em vigor da EC n. 103/2019, ou seja, para quem não implementou os requisitos antes de sua vigência, o valor da aposentadoria especial corresponderá a 60% do valor do salário de benefício (média integral de todos os salários de contribuição), com acréscimo de dois pontos percentuais para cada ano de contribuição que exceder o tempo de 20 anos de contribuição para os homens e de 15 anos para as mulheres. Nos casos de atividades especiais de 15 anos (atualmente apenas mineiros em subsolo em frente de escavação), o percentual de 60% inicia após cumprido esse tempo mínimo, tanto para homens como para mulheres.

Deve-se dar um importante destaque para o fato de que após EC nº 103/2019, o valor da renda é feito com base na média integral das contribuições a partir de 07/1994, não mais sendo excluídas as 20% menores contribuições conforme estabelecia o artigo 29, II da lei 8.213/1991.

Frisa-se que nos casos de atividades especiais onde é exigido 15 anos de exposição, o percentual de 60% inicia após cumprido esse tempo mínimo de 15 anos, tanto para homens como para mulheres.

Para melhor entender as consequências que a reforma da previdência trouxe na aposentadoria especial, passa-se a exemplificar:

Antes da reforma: O trabalhador X, exerceu atividade especial durante 25 anos. Atualmente, com 45 anos de idade, já possui direito à aposentadoria especial com coeficiente de 100% da média salarial, com valor aproximado de R$ 5.000,00, uma vez que implementou os requisitos antes da EC n.º 103/2019.

Após a reforma: O trabalhador Y, com 60 anos de idade, após ter exercido atividade especial por 25 anos, possui média integral de todas as contribuições contadas de julho de 1994 no valor de R$ 5.000,00. Considerando que Y implementou os requisitos pós EC 103/2019, Y terá um coeficiente de 70% (60% + 10), que equivale a uma RMI de R$ 3.500,00. Se esse mesmo trabalhador tivesse 45 anos de idade como no primeiro exemplo, ele teria que aguardar mais 15 anos para a aposentação.

Como se viu, em razão da nova forma de cálculo, trabalhar após 15, 20 ou 25 anos em atividade especial será uma necessidade caso o segurado planeje receber uma aposentadoria melhor, livre de descontos.

8 Tema 709 e o artigo 57, §8 da Lei n.º 8.213/1991

Sob a justificativa de proteger a saúde do trabalhador aposentado em especial vem o artigo 57, §8º da Lei n.º 8.213/1991[1] ao dispor que o aposentado, ao sacar a primeira parcela da aposentadoria especial, teria sua aposentadoria cancelada caso retornasse para a função considerada especial, nos moldes do artigo 46[2] da mesma lei. Esse tema passou pelo crivo do Supremo Tribunal Federal, através do Tema 709, que reconheceu a constitucionalidade do cancelamento da aposentadoria caso o segurado retornasse à função especial.

Esse é um dos temas que foi debatido nos últimos tempos, já que a

[1] § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 9.732, de 11.12.98)

[2] Art. 46. O aposentado por invalidez que retornar voluntariamente à atividade terá sua aposentadoria automaticamente cancelada, a partir da data do retorno.

aposentadoria especial sofreria com os efeitos do artigo 57, §8 da Lei n.º 8.213/1991 apesar de requerida pelo segurado. Caso o trabalhador ultrapasse o tempo mínimo necessário, mas não solicitasse a aposentadoria especial, poderia continuar a trabalhar normalmente na função especial.

A ideia de proteção ao bem jurídico "saúde", seria a principal justificativa para o desligamento do funcionário da atividade especial. Marisa Ferreira dos Santos (2019, não paginado) confirma que a aposentadoria especial possui nítido caráter preventivo e se dá para aqueles trabalhadores que laboram expostos a agentes prejudiciais à saúde, não podendo exigir o cumprimento do mesmo tempo de contribuição a aqueles empregados que não se encontram expostos a nenhum agente nocivo. A ideia de contagem diferenciada só se justificaria devido a não continuidade do trabalho.

A necessidade de afastamento da atividade especial foi um dos temas que muitos doutrinadores esperavam que fosse regulamentado pela reforma da previdência, mas não o foi. Até o momento, o STF entendeu que necessidade do afastamento do trabalho deve ocorrer por conta do empregado, já que o empregador não figura em nenhum dos polos da ação previdenciária.

Pelo fato de a aposentadoria não vincular o empregador, cabe ao segurado a decisão de se afastar da atividade ou ter sua aposentadoria cancelada. O empregador não possui a necessidade de transferir o empregado para outra função, caso isso aconteça, será por livre acordo de vontades. Caso não ocorra a troca de função para ambiente sem exposição a agentes químicos, físicos ou biológicos, o trabalhador terá que pedir o seu afastamento do emprego, não possuindo direito à multa dos 40% do FGTS no momento da rescisão.

9 Divergências entre o novo texto constitucional e a ideia de proteção à saúde do trabalhador

A superveniência da nova regulamentação trazida através da Emenda Constitucional n.º 103/2019, de 13 de novembro de 2019, trouxe consistentes incompatibilidades do disposto no §8º do artigo 57 da Lei n.º 8.213/1991 e com a ideia de proteção à saúde dos trabalhadores.

Enquanto o Instituto Nacional do Seguro Social busca afastar o trabalhador que recebe aposentadoria especial das suas atividades, a nova ordem constitucional praticamente impõe que o segurado continue trabalhando, mesmo depois de atingir o tempo necessário para a aposentadoria, até atingir a idade necessária.

O legislador, ao impor uma idade mínima para a aposentadoria especial, não só permitiu que o segurado continuasse laborando em condições especiais, mas de certa forma o estimula a continuar até que atinja todos os requisitos. Ou seja, o novo texto prevê a hipótese de o tempo de permanência ser superior ao estabelecido, sem analisar a prejudicialidade que isso pode trazer, visto a exigência de 55, 58 ou 60 anos como requisito.

Cabe destacar que a idade mínima para a aposentadoria especial já existiu na Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), Lei n.º 3.807/1960, na qual previa uma idade mínima de 50 anos, mais o respectivo tempo de exposição a agentes nocivos. Entretanto, tal dispositivo foi revogado pela Lei n.º 5.440-A, já que a própria atividade penosa, insalubre ou perigosa seria motivo suficiente para concessão da aposentadoria especial.

Bramante (2020, p. 43) acredita que o legislador, ao editar a EC n.º 103/2019, não se preocupou em realizar uma pesquisa aprofundada sobre os prejuízos efetivamente causados ao trabalhador instituindo uma idade mínima para a aposentadoria especial. Para ilustrar o caso, a autora cita o exemplo de um minerador

de subsolo, que inicia suas atividades laborais aos 18 anos.

Esse trabalhador teria direito à aposentadoria especial quando completasse 33 anos de idade, possivelmente já com sua saúde debilitada. Entretanto, com a nova Emenda Constitucional n.º 103/2019, necessitará trabalhar até os 55 anos de idade, momento em que terá 37 anos de tempo de contribuição em atividade especial extremamente prejudicial a sua saúde, isso se não ficar inválido antes de receber a aposentadoria.

A previsão de idade mínima na aposentadoria especial vai ao contrário do que estipula o artigo 57, §8º da Lei n.º 8.213/1991, pois, fixando uma idade mínima, se está dizendo que não importa o tempo que a pessoa tenha laborado em função especial ou da prejudicialidade que a atividade traz ao trabalhador, mas que, para a receber a aposentadoria especial, é necessário chegar a idade mínima. Por isso se conclui que a nova ordem constitucional não se mostrou preocupada com o tempo de exposição do trabalhador, nem com as consequências que isso pode lhe causar, mas preocupado apenas em instituir uma idade mínima para a aposentadoria.

Além disso, a nova forma de cálculo prevista na EC n.º 103/2019 para a aposentadoria especial deixou de ser vantajosa ao trabalhador, pois cumprindo o tempo mínimo exigido (15, 20 ou 25 anos), o segurado terá um benefício de 60% quando necessários 15 anos (se mulheres ou mineiros do subsolo), ou sob a alíquota fixa de 60% + 2% a cada ano que supere 15 (quinze) anos para as mulheres e 20 (vinte) anos para os homens, e não mais de 100% da média salarial.

A aposentadoria especial passou a ser proporcional ao tempo de contribuição, presumindo então a necessidade da continuidade do trabalho para que se venha atingir o valor integral (100% da média).

Dessa forma, resta evidente que há um estímulo para que o segurado não se afaste do trabalho especial quando atingidos 15, 20 ou 25 anos, mas ao contrário, estimula que continue trabalhando para que atinja a idade mínima ou para conseguir um valor maior de salário de benefício.

Assim, o novo texto constitucional não demonstra proteger a saúde do segurado, já que o estimula a trabalhar por mais tempo até que atinja a idade mínima, para que receba um valor de benefício melhor. Como a antiga regra exigia apenas o tempo de 15, 20 ou 25 anos, mostram-se grande as divergências entre a antiga e a nova legislação.

Para Kidricki (2020), se o legislador realmente quisesse proteger a saúde do trabalhador, a aposentadoria especial seria compulsória. A regra do artigo 57, §8 da Lei n.º 8.213/1991, não trata de forma isonômica os segurados, uma vez que permite ao trabalhador não aposentado a continuidade do trabalho e impõe ao trabalhador aposentado o dever de se afastar da função. Se o bem protegido fosse realmente a saúde do trabalhador, o segurado deveria ser afastado independente da concessão da aposentadoria. Por isso conclui que o artigo 57, §8º da Lei n.º 8.213/91 não foi recepcionado pela nova ordem constitucional.

10 Decreto nº 10.410/2020

O novo Decreto n.º 10.410/2020, publicado em 30 de julho de 2020, adequou as regras do Decreto n.º 3.048/1999, com a regulamentação trazida pela reforma da previdência.

Dentre as principais mudanças, o §4º do artigo 68, do Decreto n.º 3.048/1999, alterado pelo Decreto n.º 10.410/2020[1], passou a reconhecer como especial apenas os

[1] § 4º Os agentes reconhecidamente cancerígenos para humanos, listados pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, serão avaliados em conformidade com o disposto nos § 2º e § 3º deste artigo e no **caput** do art. 64 e, caso sejam adotadas as medidas de controle previstas na legislação trabalhista que eliminem

períodos em que o EPI[1] e EPC[2] não eliminem nem neutralizem os agentes prejudiciais à saúde do trabalhador. Antes, no caso de exposição a agentes cancerígenos, a atividade era reconhecida como especial independe se o EPI neutralizasse os efeitos da exposição.

Além disso, a nova regulamentação não mencionou se o período de recebimento de auxílio-doença acidentário contará como tempo especial, indo de encontro ao entendimento já sumulado pelo STJ no Tema 998[3].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposentadoria especial, espécie de benefício que busca compensar o grande desgaste físico e psíquico que o trabalhador sofreu durante sua vida de trabalho, possui nítido caráter social e preventivo, buscando evitar a invalidez precoce.

A imposição de uma idade mínima para aposentadoria especial tira dela o caráter preventivo e conservador, pois generaliza diversas atividades consideradas especiais, sobrepondo as peculiaridades de cada caso, e possibilitando que o segurado permaneça na atividade nociva à saúde mesmo após ter completado 15, 20 ou 25 anos. Possivelmente esse trabalhador continuará na mesma atividade nociva até completar a idade exigida e se aposentar, podendo, em alguns casos, quase dobrar o tempo de contribuição necessário, até o momento que atingirá a idade. Dessa forma, podemos observar que a nova legislação não se preocupou com a saúde do trabalhador e os possíveis prejuízos que esse trabalhador pode sofrer durante vida, se preocupando apenas em impor uma idade mínima.

Além disso, o fato de trazer a mesma regra de cálculo dos demais benefícios para a aposentadoria especial mostra que esse benefício deixou de ser um "diferenciado" dos demais, deixando de ser um benefício "especial", e passando a ser um benefício onde o trabalhador terá a probabilidade de invalidez antes da aposentadoria.

Sendo assim, pode-se concluir que a reforma da previdência, em muitos aspectos, não se adequou à realidade que a social. A aposentadoria especial deixou de ser um benefício almejado, pois passou a ter regras muito parecidas com a regra geral, sem compensar, de forma adequada, o desgaste que atividade nociva à saúde pode trazer ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 23 ago. 2010.

BRASIL. **Lei n.º 8.213, de 24 de Julho de 1991**. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 23 ago. 2020.

a nocividade, será descaracterizada a efetiva exposição.

[1] Equipamento de Proteção Individual.

[2] Equipamento de Proteção Coletiva.

[3] Tema 998/STJ: O Segurado que exerce atividades em condições especiais, quando em gozo de auxílio-doença, seja acidentário ou previdenciário, faz jus ao cômputo desse mesmo período como tempo de serviço especial.

BRASIL. **Decreto n.º 3.048 de 06 de maio de 1999**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 23 de ago. de 2020.

BRASIL. **Decreto n.º 10.410 de 30 de junho de 2020**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10410.htm. Acesso em: 25 de ago. de 2020.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de Castro; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 23. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
EDUARDO, Italo Romano, **Curso de direito previdenciário** / Ítalo Romano Eduardo, Jeane Tavares Aragão Eduardo (Org.). – 12. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

CAVALLINI, Marta. **INSS: Decreto alterou regras para concessão de benefícios**; veja os principais efeitos para os segurados. G1. São Paulo, 28 de jul. de 2020. Disponível em: < https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/28/inss-decreto-alterou-regras-para-concessao-de-beneficios-veja-os-principais-efeitos-para-os-segurados.ghtml> Acesso em: 25 de ago. de 2020.

KIDRICKI, Tiago Beck. **O tema 709 e as implicações para a Advocacia Previdênciária**. Instituição organizadora Notório Saber. Plataforma: Live no Instagram. Participante convidado Alexandre Vasconcelos. Porto Alegre, 28 de julho de 2020, 19:00.

SANTOS, Luciano Alves dos. **Direito Previdenciário – Material – Reforma da Previdência Segunda parte.** Aposentadoria especial. Apostila do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim/RS, 2020.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial**: teoria e prática. 5 ed. Curitiba: Juruá, 2020.

LEITAO, André Studart; MIEIRINHO, Augusto Grieco Sant'Anna. **Manual de direito previdenciário** / André StudartLeitão, Augusto Grieco Sant'Anna Meirinho (Org.). – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

SANTOS, Luciano Alves dos. **Direito Previdenciário – Material – Reforma da Previdência Segunda parte**. Aposentadoria especial. Apostila do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim/RS, 2020.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado** / Marisa Ferreirados Santos (Org.). – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza).

SCHUSTER, Diego Henrique. **Aposentadoria Especial - Entre o Princípio da Precaução e a Proteção Social**. Curitiba: Juruá, 2016.

12

A DEPENDÊNCIA DOS MUNICÍPIOS DA ARRECADAÇÃO ADVINDA DOS ESTADOS E DA UNIÃO

Rochana Basso[1]
Daniel Pulcherio Fensterseifer[2]

RESUMO: Nesse trabalho são retratadas as Políticas Públicas Educacionais e a relação com as prisões, entendidas como Instituições Totais, buscando refletir sobre a efetiva ação dessas no período contemporâneo. Recorre-se aos procedimentos metodológicos de cunho bibliográfico com suporte da estruturação conceitual e histórico da temática apresentada. Assim, é possível afirmar que há discrepâncias entre o que a instituição faz e aquilo que oficialmente ela deveria fazer ou diz que faz, ou seja, promover atividades que possam de fato, oportunizar possibilidades de o internado voltar a viver em sociedade. As Políticas Públicas Educacionais para serem eficazes e efetivamente aplicáveis, devem considerar diversos aspectos da conjuntura educacional brasileira, em especial aquela voltada às pessoas privadas de liberdade, e que, contudo, tem o direito de ser atendido por essas políticas.

Palavras-chave: Educação. Instituições Totais. Políticas Públicas. Prisão.

[1] Bel em Direito (2016). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (2018) URI - Erechim. Especialista em Direito Notarial e Registral Registro - Damásio Educacional S/A (2018 - 2019). Mestranda em Educação na URI - FW (2019 - atual). bassorochana@gmail.com
[2] Doutor (2017) em Ciências Criminais. Professor do PPGEDU e do Curso de Direito na URI-FW. danielpulcherio@uri.edu.br

INTRODUÇÃO

Nesse trabalho, procura-se retratar a prisão, enquanto Instituições Totais e sua relação com a Lei de Execução Penal alcançando as Políticas Públicas Educacionais dentro das referidas Instituições perpassando pela recondução social.

A figura das Instituições Totais é definida, nesse texto, como sendo todos os aspectos que circundam a vida social de um indivíduo e sobremaneira, são realizados num único local, embora em diferentes espaços. O diferencial está no fato que todas as tarefas executadas estão sob o poder de uma única autoridade, assessorada por outros membros e com o planejamento que visa atender os objetivos oficiais da instituição onde se encontram. Há o controle das necessidades dos indivíduos pelas regras burocráticas da instituição com nítida separação entre o que corresponde a vida dos internados com o que são de responsabilidade de equipe diretiva.

Com relação às Políticas Públicas Educacionais, pode-se dizer que essas existem como elemento normatizador do Estado e na sua elaboração devem ser considerados aspectos presentes na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação brasileira garantindo o direito dessa a todos os cidadãos brasileiros.

E, para que essas políticas sejam eficazes e efetivamente aplicáveis, é necessário e importante considerar diversos aspectos da conjuntura educacional brasileira, em especial aquela voltada às pessoas privadas de liberdade, e que, contudo, têm o direito de ser atendido por essas políticas.

A *Therapeutic Jurisprudence* tem sido apresentada no meio jurídico como a opção que minimiza sofrimentos e favorece ganhos psicoemocionais na pena, que em sua origem traz uma carga acentuada de opressão por meio dos mecanismos jurídicos que a impõe.

Por fim, é possível afirmar que há discrepâncias entre o que a instituição faz e aquilo que oficialmente ela deveria fazer ou diz que faz, ou seja, promover atividades que possam de fato, oportunizar condições de o internado voltar a viver em sociedade e consequentemente diminuir os efeitos danosos causados pela pena. As Políticas Públicas Educacionais para serem eficazes e efetivamente aplicáveis, devem considerar diversos aspectos da conjuntura educacional brasileira, em especial aquela voltada às pessoas privadas de liberdade, e que, contudo, têm o direito de serem atendidas por essas políticas.

1 As Instituições Totais

No contexto social que atualmente se apresenta, pouco se pensa ou se observa sobre o cenário físico e organizacional de espaços como do trabalho, de saúde, de ensino-aprendizagem, dentre outros. Alguns deles possuem um formato diverso, que podem ser chamados de Instituições Totais e são encontrados, cotidianamente, em vários locais, tais como: a escola, o seminário, o convento, hospital para doentes mentais ou o manicômio, o asilo, e no caso desse trabalho, a prisão.

Diante da necessidade de conceituar o que se entende por Instituição Total, recorre-se a Goffman (1974) que a define como sendo o local de trabalho onde um número grande de indivíduos, em situação semelhante, encontra-se separado da sociedade mais ampla por considerável tempo, com uma vida fechada e formalmente administrada.

Dentre as características da Instituição Total estão os “estabelecimentos sociais” que corresponde aos locais como salas, edifícios, fábricas locais onde são desenvolvidos diferentes tipos de atividades. Nesses “estabelecimentos” é onde os internados utilizam seu tempo com ocupações de seu interesse. Outra característica da

Instituição Total é o "Fechamento" simbolizado pela barreira à relação social com o mundo externo. Assim, a Instituição Total sistematiza as características gerais e comuns que a estrutura.

É possível afirmar que na Instituição Total, todos os aspectos que circundam a vida social de um indivíduo são realizados num único local, embora em diferentes espaços. O diferencial está no fato que todas as tarefas executadas estão sob o poder de uma única autoridade, assessorada por outros membros e com o planejamento que visa atender os objetivos oficiais da instituição onde se encontram. Há o controle das necessidades dos indivíduos pelas regras burocráticas da instituição com nítida separação entre o que corresponde a vida dos internados com o que são de responsabilidade de equipe diretiva.

Foucault (1999, p.27; 2015) mostra vários exemplos de instituições que produzem/inventam mudanças na forma de tornar o corpo dócil e útil. Apresenta que na Idade Média algumas das formas de fazer os bens circularem eram a herança, a guerra, o roubo, a contestação, a ocupação de terras de um castelo ou de um território. As relações comerciais encontravam-se pautadas nos princípios da rivalidade e da contestação, que muitas vezes eram provocadas sem causas aparentes, motivadas apenas pela disputa de poder e hegemonia e a riqueza é o meio pelo qual pode-se exercer tanto a violência quanto o direito de vida e de morte sobre os outros, estabelecendo-se assim uma correlação de forças por meio do controle de litígios e ações. Para o autor, a disputa pela concentração de armas, riquezas e decisões acontece num contexto coletivo. As disputas e as guerras implicam no: "confronto de elementos coletivos: parentes, clientes, religiões, etnias, comunidades religiosas, classes, etc. É sempre por meio das massas, por elementos coletivos e plurais que a guerra civil nasce, se desenrola e se exerce."

Na sua concepção, as disputas, os confrontos, as guerras no período feudal, desenvolvidas num cenário de disputas com o exercício do poder político, o rei como árbitro, juntamente com os elementos coletivos acima citados, determinando mecanismos de controle e punição. Ao examinar a história do Judiciário, identificou que, por intermédio do poder político, como aliado, foram criados mecanismos de controle. Um desses mecanismos foi a fiscalização, por meio de confiscos, aplicação de multas, sequestro de bens, tornando a justiça uma entidade lucrativa, com os senhores feudais utilizando-a como fonte de renda. "As justiças faziam parte da circulação das riquezas e da extração feudal." (FOUCAULT, 1999, p. 42).

O outro mecanismo percebido é a sua ligação crescente com as forças armadas. Para impor a justiça, foi preciso utilizar da força de coação, força armada, para a manutenção da ordem, o que gerou ao mesmo tempo a divisão das propriedades privadas e a concentração nesta mesma proporção. "[...] a justiça como aparelho do Estado teve na história uma importância capital" (FOUCAULT, 1999, p. 50).

De acordo com Foucault, até a Idade Média, não havia sido constituído sistema judiciário autônomo. Os indivíduos resolviam seus litígios por conta própria, o grupo ou pessoa com maior influência era consultado e exercia a sua soberania para a resolução dos conflitos, invasão de terras, roubos e outros casos, e assim, muda-se a noção de crime, que é substituída por infração. A infração é aqui entendida como um dano ou lesão do indivíduo à ordem ao Estado, e/ou ao monarca não mais como uma ofensa de um indivíduo a outro. Quando o indivíduo era declarado culpado não deveria haver somente o restabelecimento da paz entre as partes, mas o pagamento de multa pelo culpado ao lesado.

"A infração é uma das grandes invenções do pensamento medieval" e a aplicação da sentença era atribuída atendendo também a uma perspectiva política, pois a partir dela o Estado adotaria os procedimentos do judiciário na resolução dos litígios

e o inquérito passa pela transformação política que possibilitou e tornou necessária a adoção deste procedimento judiciário, ou seja, uma forma de exercício de poder. (FOUCALT, 1999, p.66)

Dessa maneira, segundo Foucault, criava-se um sistema que vai atuar contra os mendigos, vagabundos e ociosos, que, com o final da Idade Média, juntamente com aqueles não proletarizados, tiveram de aceitar as condições de trabalho e de exploração impostas a eles. Os primeiros eram considerados perigosos, então, coube ao sistema penal coagir, expulsar, aprisionar e obrigá-los ao trabalho forçado. Os plebeus mais rebeldes, os devedores do fisco, o proletariado banido por roubo e outros que pudessem oferecer "riscos" foram isolados nas prisões; nos hospitais, nas galés, nas colônias para não aderirem a movimentos populares. Diante disso, o sistema penal desempenhou um papel importante enquanto uma instância representativa do Estado.

Dessa forma, os saberes do Direito, historicamente, serviram de instrumento para legitimação e manutenção do poder na Idade Média cujo exercício vai se modificando ao longo do tempo dando origem ao Estado Moderno e a constituição do poder judiciário. O Estado, que em suas múltiplas interfaces e domínios procura atender aos interesses da Igreja, da Nobreza e seus próprios, mediante o exercício constante para manter todos os outros sob seu controle passa a ser considerado instância de finalização do poder, e não ponto inicial. O poder não se irradia do alto (Estado), mas, ao contrário, advém de situações marginais, de uma variedade de forças que se cruzam.

O autor ainda afirma que por volta do século XVIII, com o desenvolvimento das relações econômicas, do capitalismo, do comércio, enfim, da estruturação do período industrial inúmeras situações apareceram na sociedade europeia, que geraram revoltas, conflitos e contestações em várias castas sociais, desde as ilegalidades fiscais à ilegalidade aduaneira, como, por exemplo, furtos, roubos e contrabandos, tendendo ao aumento dos problemas naquele período. As ilegalidades de direito antes aceitas passam a ser notadas com o aumento dos crimes, roubos e extorsões como ilegalidades de bens e essas impunham a necessidade de punição. Para controlar as práticas ilícitas é preciso conhecê-las e defini-las como infrações e arguir uma punição.

Foucault também apresenta a criação da instituição-prisão bem antes que a lei a declarasse como meio de punição, sendo assim, pode-se compreender o carácter óbvio de que desde muito cedo a prisão-castigo assumiu. Tem sua origem nas sociedades-industriais, com cunho econômico e parece traduzir a ideia de que a infração lesou a sociedade muito mais do que o próprio condenado. De acordo com o autor, a prisão também tem o papel fundamental de transformar os indivíduos, reforçando pelo encarceramento reproduções de mecanismos que transformarão e manterão o apenado como um corpo dócil. Pode-se afirmar que, a prisão com seus processos, tem se tornado a forma mais contundente de execução das penas. Também aparece com a função técnica de correção encarregada de suplemento corretivo na modificação dos indivíduos privados de liberdade, funcionando assim como um sistema legal.

A prisão desde seus primórdios alcançou a privação da liberdade dos indivíduos e a sua transformação ocupacional, concomitantemente conduzindo a transformação dos internos dando-lhes a possibilidade de construir uma vida profissional, exemplarmente. Desde sua concepção, a prisão é marcada por uma série de mecanismos de acompanhamento com fim de correção, e que historicamente incorporaram-se ao seu funcionamento levando consigo a questão jurídico-política do direito de punir e com o intuito de correção.

Por meio do isolamento, da incomunicabilidade e pelo controle ininterrupto da lei, a prisão procura requalificar o criminoso como um indivíduo socialmente aceito,

adestrando-o para uma atividade que seja útil, porém construída sob resignação. A prisão traz a lógica de que a produção de hábitos impostos pela ordem e obediência transformará o preso num indivíduo diligente e ativo, mudando assim, o comportamento desse, sendo-lhes isso, então, indutivamente caracterizado como útil, além de tirá-lo da ociosidade.

Enfim, a prisão por meio de seu poder totalitário sobre os presos, tem, em seus mecanismos internos de repressão e correção a disciplina despótica, como proposta por Foucault, a fim de tirá-lo da condição de infrator, tornando-o útil para a sociedade. Em síntese, para o autor, a pena tem efeito disciplinar, corretivo e reformador no indivíduo, sendo a sentença redigida no discurso do saber.

Goffman (1974, p.22-23) chama atenção para o fato de que os internados que vivem na instituição não têm vida interativa ou integrada com o ambiente externo, enquanto os dirigentes possuem trânsito nos dois espaços, o mundo interno e o externo. De acordo com a afirmação do autor, a equipe diretiva é vista pelos internados como "reservados, amargos e não confiáveis" enquanto que sob a óptica dos internados os dirigentes são "condescendentes, arbitrários e mesquinhos". Nessa relação, a percepção que se pode registrar é de que os dirigentes são superiores e corretos e por outro lado, os internados, se sentem inferiores e culpados. O autor relata também a existência de uma tensão contínua como força para controlar os indivíduos, fazendo com que o internado tenha o raciocínio de que se seguir as "regras da casa", os dirigentes lhe darão prêmios, ainda que em número bem reduzido, em troca da sua obediência, porém, o descumprimento das normas e regras terá por sua desobediência um determinado "castigo".

Ademais, segundo Goffman (1974) ocorre o processo de mortificação do *self*, representado pela supressão do conceito sobre si mesmo, o que dá origem a profanação do *self*, fazendo com que o internado seja despojado do seu papel social por meio da imposição de barreiras com o espaço exterior. Esse processo é conduzido pela equipe diretiva que orienta o internado a como comportar-se na instituição por meio de um cabedal de instruções formais e informais, que passa a ser considerado como "privilégios" aos mesmos, quando há "bom comportamento".

Goffman (1974) elucida alguns dos mecanismos utilizados na Instituição Total e que são condição para a adaptação do internado. Entre eles estão os que denomina de "ajustamentos primários", quando o internado contribui cooperativamente com as atividades institucionais, e os "ajustamentos secundários", quando emprega meios ilícitos, não autorizados e não formais, a fim de "escapar" da realidade/regramento que a organização lhe impõe. A partir de estratégias comportamentais impostas pela equipe diretiva, o internado vai reorganizado minimamente o seu *self*.

O autor também afirma que o internado sabe que sua posição social intramuros é radicalmente diferente do que era e, consequentemente, sabe também que sua posição social no mundo externo nunca mais será a mesma. Há uma "desculturação" do internado que fica distante, dessa forma, de novos processos de interação e inserção social.

Sendo assim, nota-se que a prisão tem como característica velada a de uma Instituição Total, disciplinadora e transformadora dos corpos em dóceis e úteis, que se alinha ao proposto pela pedagogia do oprimido propagada por Paulo Freire. Mais do que nunca, a prisão se equipara à escola, o que demonstra e comprova que as duas são Instituições Totais integradas aos grupos hegemônicos vinculados a reprodução e perpetuação do poder.

2 Da legislação

As penitenciárias são consideradas instituições totais, possuem as características expressas em lei, mas, não se auto denominam e não se conceituam como tal, oferecendo ao preso suficiente assistência para sua subsistência.

2.1 Constituição Federal 1988

O arcabouço jurídico é iniciado e amparado, fundamentalmente, pela Constituição Federal de 1988, que elenca, em seu artigo 4º a regência das relações do Brasil também pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. A atual Carta Magna, considerada cidadão, traz em seu bojo de direitos e garantias fundamentais, especialmente direitos e deveres individuais e coletivos, o artigo 5º, que trata da igualdade de todos perante a lei, não fazendo distinção de gênero, raça, credo, cor, ou seja, de qualquer natureza, assegurando tanto aos brasileiros, quanto aos estrangeiros residentes no Brasil, a inviolabilidade dos direitos: "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Nessa seara, constitucionalmente, garantir-se-á uma vida digna. Ademais, no mesmo texto legislativo, apresenta-se o rol dos direitos sociais, explicitados no artigo 6º "a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Mais uma vez, frisa-se a importância desses direitos estendidos a todos os cidadãos, privados ou não de liberdade.

2.2 Da Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal)

A Constituição Federal de 1988 recepcionou a Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal (LEP) que tem por objetivo, além de "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado", como é trazido pelo artigo 1º, no artigo 3º trata da asseguridade, ao condenado e ao internado, de todos os direitos que não são atingidos pela sentença ou pela lei. Seu estado de privação de liberdade não lhe tira a condição de cidadão e, portanto, ainda lhe inerente os demais direitos oferecidos aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo diz que "Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política", reforçado a ideia de humanitária que se encontra na Constituição Federal.

O artigo 10 da LEP explicita que é dever do Estado prestar assistência ao preso e ao internado com o intuito de prevenir o crime e orienta-los para retornarem ao convívio social. Essa assistência, de acordo com o artigo 11 da referida lei, será material, à saúde, jurídica, social e religiosa, o que configura expressamente o conceito de Instituição Total.

Trazendo à luz, especificamente, a assistência educacional expressa na LEP, essa possui uma seção composta pelos artigos 17 a 21-A. A regulamentação geral se faz necessária, com o intuito de que, posteriormente, abra azos às políticas públicas para que efetivamente se cumpra o fim social a que destina a lei sem perder o efeito punitivo.

Nesse prisma, a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado estão garantidas por meio da assistência educacional dentro do sistema prisional. Ademais, estabelecem os artigos 18 e 18-A da LEP:

> Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.
> Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)
> § 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)
> § 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)
> § 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas. 7.627 (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

Esses dispositivos permitem que o preso e a presa tenham acesso, por exemplo, à educação de jovens e adultos (EJA), ocupando o período de aprisionamento e o tornando útil, pensando no aproveitamento quando do retorno à sociedade. Também é ofertado, em alguns casos, ensino profissional, ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico, conforme dispõe o artigo 19 da LEP. Não se exclui do ensino profissional a mulher presa, que terá o acesso a esse direito adequado à sua condição.

Importa dizer que, de acordo com o artigo 20 da LEP, as atividades educacionais, compreendidas como instalação de escolas ou cursos especializados, podem ser instaladas dentro do sistema prisional por meio de convênios com entidades públicas ou privadas.

O artigo 21 da mesma lei diz que "Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos". Assim, supostamente, cada penitenciária deveria ter um espaço destinado à biblioteca, em que os presos, indiferentemente do regime, sendo fechado, aberto ou semiaberto, poderiam frequentar.

Ademais, é oportuno utilizar o censo para fazer os ajustes necessários, inclusive e/ou principalmente nas políticas públicas, a fim de que a lei possa surtir seus desejados efeitos, prestando integralmente a assistência educacional. Nesse contexto, o artigo 21-A da LEP, incluído pela Lei nº 13.163, de 09 de setembro de 2015 disciplina:

> Art. 21-A. O censo penitenciário deverá apurar:
> I - o nível de escolaridade dos presos e das presas
> II - a existência de cursos nos níveis fundamental e médio e o número de presos e presas atendidos;
> III - a implementação de cursos profissionais em nível de iniciação ou aperfeiçoamento técnico e o número de presos e presas atendidos;
> IV - a existência de bibliotecas e as condições de seu acervo;
> V - outros dados relevantes para o aprimoramento educacional de presos e presas.

A sociedade tem visto como ineficientes, boa parte das práticas que são conduzidas por diferentes órgãos governamentais nos níveis municipal, estadual e nacional, bem como, têm se mostrado infrutíferas ações pontuais idealizadas por entidades da sociedade civil organizada. São mecanismos paliativos da recondução do

preso à vida normal quer seja no mundo do trabalho ou profissional, social, religioso, político, e todos os demais.

Isso posto, a temática assistencial ao preso assume relevância, visto que é por meio da educação que se tenta diminuir os efeitos da pena. Não se quer fazer juízo de valor nesse trabalho, nem dizer que o preso não mereça a devida punição, mas tão somente dizer que a pena, por menor que seja, lhe causa efeitos diversos.

Dessa forma, a opção pela educação tem sido um alento e muitas vezes uma esperança, quiçá até social, para que o preso, ao ser reinserido na sociedade enquadre-se aos pressupostos de educação e cultura arraigados no Brasil, assim, minimizando os efeitos psicológicos causados pela pena, a intenção é de que o preso não volte a cometer delitos.

Então, em atenção a pena e seus efeitos surge a proposta de *Therapeutic Jurisprudence* tentando ser a opção mais completa para a humanização da pena, que em sua origem traz uma carga acentuada de opressão por meio dos mecanismos jurídicos que a impõe.

Sabendo que a pena não atinge nenhuma das suas finalidades preventivas propostas – ressocialização, reeducação e reintegração – poderia ser questionado o porquê da insistência na educação prisional se o cárcere é incapaz de reeducar. De fato, não se parte de uma perspectiva reeducadora. O ambiente prisional vai ensinar ao detento, na verdade, conhecimentos não desejados, sobre violência, desrespeito e marginalização. O papel da educação prisional, contudo, encontra-se na perspectiva de que alguma coisa de útil o preso poderá levar desse tempo em que ficou recluso. Isso não quer dizer que a educação proposta servirá para reduzir de imediato a criminalidade, mas que um efeito terapêutico, do ponto de vista da *Therapeutic Jurisrudence*, poderá ser lançado.

3 *Therapeutic Jurisprudence* (TJ)

De acordo com Wexler et al (2016) a *Therapeutic Jurisprudence* entende a lei como uma força social capaz de gerar consequências desprovidas de intenção no cotidiano das pessoas, sendo essas oriundas da imposição de regras, procedimentos ou comportamentos derivados de atores que compõem os processos, tais como, magistrados, advogados e demais envolvidos na composição desses. Entretanto, as derivações oriundas de tais processos podem ser benéficas ou prejudiciais ao ente em julgamento. Podem essas ações serem consideradas terapêuticas ou não (anti-terapêuticas). É justamente nesse momento que a função da lei e seu papel deve ser interpretado como "agente terapêutico."

A *Therapeutic Jurisprudence* pode ser definida como: "uma perspectiva interdisciplinar vinculada não somente ao direito, mas também a outras disciplinas como Psicologia, Psiquiatria, Criminologia, Serviço Social e Saúde Pública", o que de início determina uma mudança de postura dos atores jurídicos envolvidos, "que fazem do ordenamento jurídico uma força social com efeitos sobre o comportamento e a saúde mental das pessoas afetadas" (WEXLER; WINICK, 1996, p. 11).

De acordo com Fensterseifer (2018) o termo *Therapeutic Jurisprudence* tem seu análogo no idioma espanhol "justicia terapêutica". Entretanto, no Brasil devido a existência da expressão Justiça Terapêutica, vinculada às Cortes de Drogas optou-se pela manutenção da terminologia em língua inglesa, para evitar ruídos conceituais.

A TJ é uma prática desenvolvida por Wexler e Winick, a partir de 1980, nos EUA e visava o tratamento de indivíduos com dependência química e que alcançou logo depois a resolução de conflitos. A *Therapeutic Jurisprudence* representa a

possibilidade de ser uma alternativa ao processo penal tradicional, dirigida especialmente aqueles indivíduos acusados de crimes vinculados ao uso de drogas.

Ao exposto, pode-se afirmar que a pena não cumpre seus fins, quais sejam, ressocialização, reeducação e reintegração. Assim, como alternativa, aparece a *Therapeutic Jurisrudence* como forma de diminuir os efeitos adversos causados pela punição e não como solução para o cumprimento efetivo da pena. Dessa forma, por meio das Políticas Públicas Educacionais incluindo elementos terapêuticos que poderá ter ganho psicossocial para a pessoa privada de liberdade.

4 Políticas Públicas Educacionais dentro da instituição total

As políticas educacionais são um dos tipos de políticas públicas que existem em um país, sendo um elemento de normatização do Estado. A educação, por seu turno, faz parte dos direitos sociais de todo cidadão sendo dever do Estado investir na mesma. E, sob o prisma do neoliberalismo, o acesso à educação tem sido pensada no enfoque no mercado de trabalho estando associada aos direitos econômicos.

Cabe salientar, que o sistema educacional surge como parte da política pública, no início do século XIX, a partir do Estado Moderno e se perpetua no decorrer do tempo voltada à interpretação de poder de cada época.

De acordo com Giddens (2000, p.500):

> As escolas ajudam a fornecer as capacidades técnicas e sociais requeridas pela organização industrial, e incutem o respeito pela autoridade e pela disciplina na forma de trabalho. As relações de autoridade e de controle nas escolas, que são hierárquicas e dão ênfase à obediência, são paralelas às que dominam o local de trabalho. As recompensas e os castigos usados nas escolas também são uma réplica do que se encontra no mundo do trabalho. As escolas contribuem para motivar alguns indivíduos para a "conquista" e o "sucesso", enquanto desencorajam outros, que vão parar nos empregos fracamente remunerados.

Dessa forma, pode-se dizer que a educação é uma resposta às demandas do sistema capitalista e configura-se em competência, obediência ou submissão a serem usadas no mundo do trabalho. Ao se referir às políticas públicas, de um modo geral, há um discurso que envolve relações de poder e também um cunho econômico.

Para ampliar a compreensão e o entendimento de como surgem as políticas é necessário retomar o processo história desde as relações de poder e subserviência que moldaram a sociedade atual.

Assim, o contexto permite compreender os programas e processos referentes às demandas políticas educacionais e sua efetivação no cotidiano social, uma vez que estão alicerçados na herança cultural, na evolução econômica e na estruturação do poder em nível nacional.

É mister trazer à discussão o fato de que, sendo a educação um direito constitucional, como o Estado, no contexto neoliberal tem garantido o acesso às políticas públicas educacionais, uma vez que essas têm sua gênese em leis oriundas das instâncias federal, estadual e municipal, com o objetivo de construir valores, conhecimentos e possibilitar assim o pleno desenvolvimento dos educandos.

Na elaboração legal dessas políticas é necessário considerar aspectos indicados na Constituição Federal, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996) com especial garantia do direito de acesso à educação a qualquer brasileiro. Assim, as políticas públicas educacionais devem

garantir, a todo cidadão brasileiro, o direito ao acesso à educação em seu estado e município.

Entre as Políticas Públicas Educacionais no Brasil estão:

> Agenda Territorial de Desenvolvimento Integrado de Alfabetização e Educação de Jovens e Adultos, voltada para aqueles que não terminaram os estudos na idade correta;
> Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego, criado para ampliar a oferta de cursos profissionalizantes e de educação tecnológica, inclusive para alunos matriculados no Ensino Médio regular (MedioTec);
> Programa Universidade para Todos, que oferece a estudantes de baixa renda bolsas de estudos em instituições privadas de Ensino Superior;
> Programa Escola Acessível, cujo objetivo é melhorar as condições de acessibilidade nas escolas públicas de ensino regular, incluindo sua estrutura física e recursos didáticos e pedagógicos;
> Educação em Prisões, que dá apoio técnico e financeiro ao ensino de jovens e adultos do sistema penitenciário;
> Programa de Apoio à Formação Superior e Licenciaturas Interculturais Indígenas, que oferece cursos de licenciaturas para a formação de professores indígenas;
> Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, que visa aumentar o investimento financeiro federal em ações e projetos educacionais dos estados, incluindo toda a educação básica.

As Políticas Públicas Educacionais para serem eficazes e efetivamente aplicáveis, devem considerar diversos aspectos da conjuntura educacional brasileira, em especial aquela voltada às pessoas privadas de liberdade, e que, contudo, tem o direito de ser atendido por elas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas percepções de Goffman e Foucault, as Instituições Totais são consideradas instrumentos de adestramento, disciplinada e consequentemente carregados de poder. É perceptível que a razão que garante sua perpetuação está vinculada às esferas de domínio e ação sobre camadas sociais vulneráveis.

É nesse momento que fica claro a inoperatividade das políticas púbicas educacionais dentro do sistema prisional visto que se caracterizam pelos discursos tradicionais da reeducação/prevenção, que não fazem parte dessas, são apenas proclamadas, como elemento de recuperação das humanidades e suas dignidades. Também é fato, que a mera inserção de programas para cumprir metas governamentais não têm sido suficientes para processos de humanização penais mais efetivos.

Nesse ínterim, surge a *Therapeutic Jurisprudence*, como uma das possibilidades de minimizar os efeitos danosos causados pela pena e consequentemente pelo sistema prisional às pessoas em situação de privação de liberdade.

É imperioso que o legislador se volte à promoção da justiça social, crie condições materiais e educacionais para a humanização não somente baseada em pressupostos meramente econômicos ou de poder, mas que sejam propostas confiáveis e legítimas de diminuição dos danos que a imputação da pena traz aos presos e a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

FENSTERSEIFER, D. P. **Construção de um conceito de justiça Terapêutica e cortes de drogas desde a Ótica da *Therapeutic Jurisprudence*.** 2017. Tese de Doutorado.384fs. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Doutorado, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2017.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir** – História da violência nas prisões – Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1999

FOUCAULT, M. **A Sociedade Punitiva:** curso no Collège de France (1972-1973). Tradução Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WM Martins Fontes. 2015.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade** /Anthony Giddens; tradução de Raul Fiker. - São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GOFFMAN, E. ***Manicômios, prisões e conventos.***7. ed. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Editora Perspectiva, 2007.

WEXLER, D. B.; WINICK, B. J. **Law in Therapeutic Key**: Developments in Therapeutic Jurisprudence. North Carolina: Carolina Academic Press, 1996.

WEXLER, D. B. et al. Guest editorial: current issues in therapeutic jurisprudence. **Qut law Review**, v. 16. p. 1-3, dez. 2016.

13

CADEIA DE CUSTÓDIA: alterações com vistas à segurança da prova no Processo Penal Brasileiro

Daiane Perissinotto[1]
Dalana Bortoloso[2]
Diana Casarin Zanatta[3]

RESUMO: O presente estudo objetiva estabelecer uma discussão a propósito das alterações legislativas advindas com a Lei nº 13.964/2019, que impactaram na produção da prova no processo penal brasileiro. A referida lei, conhecida como Pacote Anticrime, criou a chamada cadeia de custódia da prova, que deve funcionar como um mecanismo destinado a garantir a autenticidade dos vestígios periciados. O objetivo é assegurar que se referem aos objetos do caso fático e que não sofreram qualquer alteração. Justifica-se a discussão ora proposta, porque se trata de mecanismo novo, que suscita inúmeras dúvidas e divergências, o que precisa ser enfrentado, diante da importância que a formação da prova possui, no contexto do processo criminal. Para tanto, faz-se uma análise da teoria da prova no processo penal, apresentando aspectos controversos, bem como, demonstra-se as alterações ocorridas sob à égide da Lei nº 13.964/2019. Com isso, observa-se se as alterações legislativas a respeito da cadeia de custódia são suficientes ou, caso contrário, se há necessidade de outras providências estatais, para que o texto legislativo seja implementado com eficiência. O método de pesquisa é o analítico descritivo, e a técnica da pesquisa é bibliográfica.

Palavras-chave: Cadeia de custódia. Pacote anticrime. Perícia. Provas.

---

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS. Endereço eletrônico: daianeperissinotto@gmail.com
[2] Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS. Endereço eletrônico: dalanabortoloso@hotmail.com
[3]Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS, Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus de Santo Ângelo - RS. E-mail: E-mail: dianazanatta@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

O estudo busca estabelecer uma discussão a propósito das alterações legislativas advindas com a Lei nº 13.964/2019, que modificaram a sistemática da produção da prova, no processo penal brasileiro. A referida lei, que ficou conhecida como Pacote Anticrime, foi aprovada em 24 de dezembro de 2019 e entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, criando a chamada cadeia de custódia da prova.

O Pacote Anticrime regulamentou o procedimento da Cadeia de Custódia inserindo-o no Código de Processo Penal, a fim de preservar as provas irrepetíveis. Tais provas, até então, estavam disciplinadas apenas na Portaria 82 do SENASP, que respaldou a inclusão da cadeia de custódia da prova no Código de Processo Penal (SENASP, 2014).

A ideia é que a cadeia de custódia da prova sirva como um mecanismo destinado a garantir a autenticidade dos vestígios coletados e que devam ser encaminhados para análise pericial. Vê-se, portanto, que o objetivo é assegurar que os elementos que forem colhidos num determinado local de crime, por exemplo, sejam preservados, de tal forma que se tenha a certeza, quando forem apresentados no processo criminal, de que se referem aos objetos do caso sob análise e que não sofreram qualquer alteração.

A pesquisa justifica-se porque a prova pericial tem obtido destaque na contemporaneidade, tendo em vista a evolução tecnológica. No que diz respeito à evolução legislativa, a necessidade de preservação da cadeia de custódia trata-se de mecanismo novo, que suscita inúmeras dúvidas e divergências, e que precisa ser enfrentado, diante da importância que a formação da prova possui, no contexto do processo criminal.

Para tanto, a pesquisa parte de uma análise acerca da teoria da prova no processo penal, apresentando aspectos controversos. Na sequência, pontuam-se as alterações ocorridas sob à égide da Lei nº 13.964/2019. E, com isso, observa-se a efetividade no âmbito jurisprudencial quanto as alterações recentes, sendo que é de extrema relevância a aplicabilidade integral da cadeia de custódia, porém, com amparo estatal no sentido de fornecer estrutura suficiente para que esta possa ser desempenhada.

A metodologia utilizada nessa pesquisa baseia-se no método indutivo, na perspectiva da abordagem analítica descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, encontra-se na categoria bibliográfica, bem como na legislação brasileira, uma vez que foram utilizados apanhados extraídos de artigos científicos, pesquisas on-line e obras doutrinárias pertinentes ao estudo.

1 Conceituando e contextualizando a cadeia de custódia

A cadeia de custódia visa assegurar a confiabilidade dos objetos ou bens apreendidos, ou seja, os vestígios, desde a coleta, a guarda, conservação e apresentação do material até a apresentação ao Poder Judiciário. Porém, verifica-se que há diversas técnicas a serem observadas, para que seja possível cumprir o desejo do legislador, que estabeleceu a necessidade de observação minuciosa dos meios de conservação das provas, sob pena de alegações de nulidade, gerando uma espécie de insegurança, não somente quanto à prova em si, mas também quanto à sua fonte.

Tendo em vista a observância dos princípios constitucionais e penais, bem como da consequência para o acusado e para a sociedade diante da punição -ou falta desta- de um crime, a convicção de que determinada pessoa cometeu um ato ilícito

penalmente, deve ser provada. Por isso, dispõe-se do princípio do *in dubio pro reo* em que, na dúvida, presume-se a não culpabilidade, já que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", nos moldes do que dispõe o inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Em que pese a observância dos princípios estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, que são de imperiosa observância, a constatação verossímil das provas é a melhor forma de se obter um julgamento condizente com o fato concreto (CAPEZ, 2016). Além disso, o processo penal é o meio pelo qual faz repercutir na sociedade o impacto da prova e execução da sanção penal.

A Constituição Federal de 1988 já previa a adoção do sistema processual penal acusatório para o Brasil, conforme consta em seu artigo 129, I. Com a Lei nº 13.964/2019, a previsão constitucional passou a constar expressamente no Código de Processo Penal brasileiro, em seu artigo 3º - A, que diz que "o processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação" (BRASIL, 2019). Assim, a separação entre órgão acusador, defensor e julgador é clara e, dessa forma, tornou-se praticamente vedada a produção de prova de ofício, pelo julgador.

Com a adoção do sistema acusatório, a verdade processual recebe destaque e a produção de provas é amparada pela limitação dos princípios fundamentais, sobretudo, o principal objetivo da prova é a formação da convicção do julgador diante do caso concreto, por meio das provas produzidas e trazidas durante o andamento processual, observando-se, sem dúvida, o princípio do contraditório (CAPEZ, 2016). Como pontua a doutrina:

> A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão (LIMA, 2020, p. 659-660).

Provar nada mais é do que levar ao Juiz todo e qualquer meio perceptivo com elementos essenciais para o deslinde da ação penal. O objeto da prova no processo é justamente qualquer ato que indica incerteza, e que seja capaz de influir na decisão, necessitando da comprovação, porém, deve-se observar, o princípio da economia processual, levando-se em conta que a prova esteja interferindo direta ou indiretamente na demonstração da verdade (CAPEZ, 2016).

> A palavra *prova* tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio e probus),* e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo provar, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro (LIMA, 2020 p. 657).

E ao falar-se em provas, é importante observar que prova é "o meio através do qual se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão" (LOPES JR, 2020, p. 586).

Os meios de prova no ordenamento jurídico não foram elencados de forma taxativa, já que o artigo 155 do Código de Processo Penal estabelece que a regra é o sistema da livre convicção ou persuasão racional, com exceção dos casos relacionados ao Tribunal do Júri. Muito embora, diante da evolução tecnológica e os princípios probatórios, veda-se, apenas os meios de obtenção provas ilícitas e nessa discussão há diversos entendimentos, relacionados à derivação, principalmente quanto ao princípio da proporcionalidade.

Ainda, há que se diferenciar os meios de prova ilícitos, dos meios de prova ilegítimos. Este é visto quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. "A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo" (LOPES JR, 2020, p. 630). Importante atentar para a teoria dos frutos da árvore envenenada, consubstanciada no artigo 157 do Código de Processo Penal, com a seguinte redação:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.
> § 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.
> § 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.
> § 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente
> § 4º (VETADO)
> § 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (BRASIL, 1941).

Como se depreende do texto legal, as provas que decorrem de uma considerada ilícita, também assume o mesmo patamar, em verdadeira contaminação em cadeia. São inadmissíveis, portanto, as provas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas dos autos do processo (LIMA, 2020).

Veja-se que a referida teoria foi objeto de discussões e diferentes interpretações, hoje sendo compreendido que se encontra mitigada e que, se a sentença condenatória se fundar em outras provas que não somente a ilícita, não há porque se anular o julgado, como segue

> Assim, predomina o entendimento nos tribunais superiores de que não se anula a condenação se a sentença não estiver fundada exclusivamente na prova ilícita. Tampouco se anula a decisão condenatória, em que pese existir uma prova ilícita, se existirem outras provas, lícitas, aptas a fundamentar a condenação. Por derradeiro, a teoria da contaminação é bastante mitigada, levada quase à ineficácia, pela aplicação da teoria da fonte independente e suas variações. (LOPES JR, 2020, p. 644).

Em meio a tais entendimentos, Cunha (2020, p.167) menciona que, necessariamente, há que se verificar o princípio da razoabilidade e proporcionalidade de acordo com o caso concreto, conforme a necessidade diante de um bem maior que seria a segurança social, por exemplo.

Dentre tantos meios probatórios possíveis no âmbito do processo penal, o estudo dedica-se às provas periciais, em função das mudanças advindas com a Lei nº

13.964/2019. A prova pericial em geral, dentre as produzidas na persecução penal, é de extrema importância para um julgamento imparcial e idôneo do processo penal e, nesse âmbito, leva-se em consideração a cadeia de custódia, inserida no ordenamento jurídico brasileiro pela referida lei, dentre outros meios de prova.

Perícia, é o exame realizado por profissional com conhecimentos técnicos sobre algo ou sobre alguém, extraindo conclusões, com vistas a auxiliar o julgador, na formação de sua convicção. Nos termos do artigo 160 do Código de Processo Penal, o laudo pericial é o documento elaborado pelos peritos, resultante do que foi examinado na perícia. A perícia pode ser realizada na fase de inquérito policial ou do processo, a qualquer dia e horário, observando os peritos o prazo de dez dias para a elaboração do laudo, prorrogável em casos excepcionais.

A cadeia de custódia funciona como um mecanismo destinado a garantir a veracidade (autenticidade) das evidências objeto de perícia, para assegurar que estas se referem aos objetos do caso e que não sofreram qualquer alteração. Trata-se de um procedimento a ser seguido, que de forma documental, que relata todo o histórico da prova desde a coleta (muitas vezes, no local do crime), até o julgamento, mantendo-a arquivada. Considera-se como o elo que torna o vestígio uma prova. Constata-se então, a presença do princípio da autenticidade da prova, pois, conforme mencionado, na maioria dos casos, a prova pericial embasa a decisão de uma ação criminal, portanto, deve-se ter todo o cuidado necessário visando a verossimilhança e segurança da referida prova (LIMA, 2020, p. 717).

> Ora, se ao fazermos um simples exame de sangue em um laboratório qualquer já se pode notar toda uma sistemática que é observada pelo atendente – assepsia das mãos, colocação de luvas descartáveis, exibição de seringas e agulhas em embalagens lacradas, utilização de um recipiente esterilizado para a coleta do material, identificação da titularidade do material coletado, etc. –, cuidados estes que visam evitar um possível erro de resultado, por que não exigirmos a observância dessa mesma cadeia de custódia quando se trata de uma evidência penal? É dizer, se imaginarmos que alguém foi flagrado vendendo determinado entorpecente, incumbe às autoridades responsáveis pela persecução penal comprovar que, desde o momento inicial em que a droga veio para a custódia dos órgãos persecutórios, não houve a perda da evidência, nenhum tipo de adulteração, nem tampouco qualquer forma de contaminação, seja por outros elementos, seja pelo próprio recipiente no qual a substância foi armazenada. Daí por que a droga é embalada, etiquetada e lacrada, documentando-se todos os procedimentos dessa custódia ao longo da persecução penal (LIMA, 2020, p. 717).

Os grandes princípios do sistema processual penal brasileiro são o devido processo legal e a presunção de inocência, os quais já foram muito debatidos nos Tribunais Superiores e também por esse motivo, deve-se atentar para a atividade probatória. Dar importância não somente para a prova em si, no sentido material, mas também para a fonte da prova (LIMA, 2020, p. 718). Tal reforma na legislação acabou onerando o Estado no sentido de que menos pessoas podem ter contato com as provas e assim ter-se-á uma menor exposição e com isso maior segurança.

2 As alterações legislativas no Código de Processo Penal sobre a criação da cadeia de custódia

A Lei nº 13.964/2019 modificou o Código de Processo Penal, criando o artigo 158 – A, que traz em seu texto a definição do que seja cadeia de custódia. De acordo com o texto legal, considera-se cadeia de custódia "o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica dos

vestígios coletados em locais de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte" (BRASIL, 2019).

A cadeia de custódia visa então assegurar a confiabilidade dos objetos e/ou bens apreendidos (ou seja, os vestígios), desde a coleta, a guarda, conservação e apresentação do material até a apresentação ao Poder Judiciário. Portanto, se for de interesse a utilização de determinado objeto, este ficará sob guarda, para se provar justamente que é o mesmo que fora apreendido. Todo o cuidado é necessário e se justifica na busca pela decisão judicial justa, sendo fundamental, para isso, a confiabilidade na fonte da prova.

A referida lei inseriu três parágrafos no novo artigo 158 - A do Código de Processo Penal. O parágrafo primeiro aponta que "o início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime", o que é feito através do isolamento, a fim de conservar intactas as evidências ali contidas ou, ainda, com os procedimentos policiais ou periciais inerentes à investigação, que detectem a existência de vestígios (BRASIL, 2019).

O parágrafo segundo do artigo 158- A do Código de Processo Penal, por sua vez, dispõe que "o agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação" (BRASIL, 2019). Já o parágrafo 3º do mesmo dispositivo legal, conceitua vestígio como sendo "todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal" (BRASIL, 2019).

O referido artigo é o principal no âmbito da cadeia de custódia, sendo que os artigos seguintes, decorrem deste. A importância do laudo pericial e da observância a cadeia de custódia passa a ser equiparada uma testemunha e isso se deve ao trabalho pericial bem realizado, ou seja, prova pericial com linguagem técnica e juridicamente perfeita. Tal importância segue apoiada pela doutrina:

> A preservação das fontes de prova é fundamental, principalmente quando se trata de provas cuja produção ocorre fora do processo, como é o caso da coleta de DNA, interceptação telefônica etc. Trata-se de verdadeira condição de validade da prova (LOPES JR, 2020, p. 651).

Há que se relembrar que a cadeia de custódia já havia sido estabelecida no Brasil, em 16 de julho de 2014, por meio da Portaria nº 82, expedida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública. Tal portaria determina circunstâncias a serem observadas quando da investigação, dando ênfase à preservação do local do crime, detalhando e, sobretudo, conceituando cada etapa do procedimento (SENASP, 2014).

A Portaria nº 82 acabou por servir como molde para a alteração legislativa ocorrida em 2019 e que entrou em vigor em janeiro de 2020, tendo em vista que a competência para legislar, nesse caso, é da União. Também, não com o mesmo rigor, o Código de Processo Penal já havia demonstrado alguns procedimentos necessários à autenticidade da prova, como preservação do local do crime, por exemplo.

O artigo 158 - B, do Código de Processo Penal, estabelece as etapas a serem seguidas para o rastreamento de um vestígio, como sendo as seguintes: reconhecimento, isolamento, fixação, coleta, acondicionamento, transporte, recebimento, processamento, armazenamento e descarte, todas conceituadas no próprio texto legislativo. Veja-se:

> Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas:
> I - reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial;

> II - isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime;
> III - fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento;
> IV - coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza;
> V - acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento;
> VI - transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse;
> VII - recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu;
> VIII - processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito;
> IX - armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contra perícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente;
> X - descarte: procedimento referente à liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. (BRASIL, 2019).

Observado o procedimento, de acordo com o caso, para bem conservar a prova colhida, uma vez que geralmente trata-se de prova irreproduzível, principalmente na análise do local do crime, observa-se que além do que foi determinado pelo artigo 158 - B do Código de Processo Penal, há que se observar se esta foi feita por profissional oficial. O perito fica responsável pelo ato, e por tudo o que ocorrer no local isolado, conforme determina o artigo 158 - C:

> Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares.
> § 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento.
> § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. BRASIL, 2019).

Justamente para preservar o material colhido, deve-se ter enorme cuidado quando ao manuseio e armazenamento, pois uma vez alterado pode interferir no resultado do laudo pericial. Além disso, há que se etiquetar e manter as informações de toda vez que o lacre for rompido informando sua necessidade, pois dada a grande

quantidade de material para ser periciado, se não houve separação e organização devida, o material poderá se misturar, provocando consequência negativa na perícia e consequentemente, alterar um possível julgamento. Essas regras encontram-se estabelecidas no art. 158 - D do Código de Processo Penal, somo segue:

> Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material.
> § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte.
> § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo.
> § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada.
> § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado.
> § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. (BRASIL, 2019).

3 A central de custódia e suas implicações práticas

A central de custódia também é uma novidade dentre as alterações propiciadas pela Lei nº 13.964/2019. Ela deve ser criada no Instituto de Criminalística, com objetivo de concentrar todos os vestígios em segurança. O artigo 158 - E do Código de Processo Penal dispõe que "todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal". (BRASIL, 2019).

No Rio Grande do Sul, o órgão responsável pela implementação da central de custódia é o Instituto Geral de Perícias – IGP. O IGP, no Rio Grande do Sul, não é instituição vinculada e nem subordinada à Polícia Civil do estado, conforme informações obtidas na respectiva página oficial do órgão (IGP, 2020).

A nova redação do artigo 158 - E do Código de Processo Penal também dispõe, em seu parágrafo primeiro, sobre a estrutura necessária a central de custódia, que deverá possuir determinados serviços, tais como "de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos", de tal forma que possibilite a "seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio". (BRASIL, 2019).

Além disso, o artigo 158 - E do CPP, ora sob comento, determina regramentos específicos, tais como a obrigatoriedade de protocolo, que deve especificar todas as informações sobre a ocorrência e o inquérito policial ao qual se relacionam (§2º), bem como indicação de todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio, com o respectivo protocolo de registro de data e horário do acesso (§3º), assim como a indicação da tramitação do vestígio armazenado, com a indicação de seu responsável (§4º).

Posteriormente à perícia, o material deve ser arquivado na Central de Custódia e permanecer até que se finde a ação criminal, para o caso de se fazer necessária qualquer verificação, de acordo com o art. 158 - F, do Código de Processo Penal, como segue:

> Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer.
> Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. (BRASIL, 2019).

Evidentemente que todas essas inovações legislativas demandam novas estruturações a serem providenciadas pelos respectivos órgãos encarregados da confecção das provas periciais, nos estados brasileiros, assim como profissionais além dos já contratados, para desempenhar a função na central de custódia. Consequentemente, essa estrutura demanda recursos financeiros para manter a estruturação do "novo" método de guarda das provas. (CUNHA, 2020, p.198).

Porém, o cenário que se verifica no país todo é de institutos de perícia sucateados e com deficiência de pessoal, tanto peritos, quanto auxiliares e responsáveis pela guarda e armazenamento de materiais. Isso pode ser constatado a partir da realidade do Rio Grande do Sul, em notícias que dão conta da demora excessiva na conclusão de perícias (ZH, 2018), assim como aquelas que noticiam carência de servidores (JORNAL DO COMÉRCIO, 2019). No restante do País não é diferente, seja em Sergipe (JORNAL DA CIDADE, 2019) ou em Santa Catarina (G1, 2018), ou seja, falta pessoal e recursos tecnológicos, assim como investimentos das respectivas secretarias estaduais.

4 As consequências da inobservância da cadeia de custódia para o processo penal

Como a alteração legislativa no que diz respeito à cadeia de custódia é bastante recente, diverge a doutrina acerca dos efeitos de eventual quebra da cadeia de custódia (*break on the chain of custody*) para além das questões atinentes à "boa ou má-fé dos agentes" responsáveis (MACHADO, 2019). As discussões são a propósito da inadmissibilidade ou da valoração da prova.

Existe uma corrente doutrinária a sustentar que a violação da cadeia de custódia implicaria na ilegitimidade ou mesmo ilicitude da prova, de tal forma que que não poderia mais ser admitida no processo. Para esses doutrinadores, a consequência "deve ser a proibição de valoração probatória com a consequente exclusão física dela e de toda a derivada" (LOPES JR, 2020).

Outro entendimento doutrinário defende que esse tipo de vício deve ser resolvido pela atribuição de "menor valor ao meio de prova" em questão (BADARÓ apud MACHADO, 2019). Nesse caso, a prova pericial cuja cadeia de custódia foi quebrada deve ser valorada juntamente com os demais elementos colhidos durante a instrução processual.

Assim, como consequência da existência da cadeia de custódia e da obrigatoriedade dos procedimentos por ela estabelecidos, quando não forem cumpridos os requisitos estabelecidos e já listados, poderá ou não – de acordo com o entendimento que virá a prevalecer na jurisprudência, ocorrer uma espécie de nulidade dos meios, ou seja, da prova processual, afetando a credibilidade da prova material.

Se a cadeia de custódia for quebrada, há discussão de como ficará a admissibilidade das provas, em que ainda se observa cada caso em específico (LIMA, 2020, p. 720). Por exemplo, na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, o entendimento rotulou a prova como imprestável, no seguinte sentido:

> A prova produzida durante a interceptação não pode servir apenas aos interesses do órgão acusador, sendo imprescindível a preservação da sua integralidade, sem a qual se mostra inviabilizado o exercício da ampla defesa, tendo em vista a impossibilidade da efetiva refutação da tese acusatória, dada a perda da unidade da prova.
> Mostra-se lesiva ao direito à prova, corolário da ampla defesa e do contraditório — constitucionalmente garantidos —, a ausência da salvaguarda da integralidade do material colhido na investigação, repercutindo no próprio dever de garantia da paridade de armas das partes adversas. (STJ, HC 160.662, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe de 17 de março de 2014).

A título de exemplificação, pelo fato de ser normativa muito recente no ordenamento jurídico, menciona-se algumas jurisprudências a fim de demonstrar a aplicação prática do tema relacionado a cadeia de custódia, como segue:

> APELAÇÕES CRIMINAIS. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI 10.826/03. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INOCORRÊNCIA. ALEGADA INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PROVAS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. TIPICIDADE. CONDENAÇÕES MANTIDAS. 1. Quebra da cadeia de custódia não verificada nos autos. Alegação de que a arma periciada difere da arma apreendida não encontra amparo na prova colhida. 2. O fato de o laudo pericial atestar a numeração de montagem da arma de fogo não torna inepta a denúncia ofertada. Número de montagem não se confunde com o número de série da arma de fogo, não servindo para identificação da arma apreendida. 3. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e de mera conduta, mostrando-se prescindível a demonstração de perigo concreto. Precedentes. Na esteira do entendimento dos Tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal, não são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, a exemplo daqueles previstos na Lei 10.826/03, que teve sua constitucionalidade assentada na ADI 3.112/DF. 4. Não houve dúvida que os acusados portavam e transportavam a arma de fogo e as munições apreendidas, levando-se em conta o relato fidedigno apresentado pelos policiais, cujos depoimentos se amoldam às circunstâncias evidenciadas nos autos, a se incluir a confissão do acusado P.C.R.A.O.. APELAÇÕES NÃO PROVIDAS.(RIO GRANDE DO SUL, 2020a).

No caso em tela, vê-se que foi alegada a nulidade do processo sob justificativa de que a arma periciada não se refere a mesma arma apreendida, visto que no laudo pericial não constou a numeração de série. A quebra da cadeia de custódia postulada pela parte ré na apelação não foi provida, pois o entendimento do Supremo Tribunal Federal dispõe que o porte ilegal de arma de fogo não é um crime de perigo concreto e sim de perigo abstrato e por isso, prescinde a demonstração de dano eis que houve depoimento dos policiais que elucidaram as circunstâncias expostas nos fatos e bem como a confissão do acusado.

Lembra-se aqui que a confissão é vista como a rainha das provas. Portanto, o Recurso de Apelação não foi provido e por isso a importância de se observar da necessidade da cadeia de custódia antes de se apoiar somente nas pericias para obter uma decisão conforme a realidade fática.

> HABEAS CORPUS. PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTO E DE RECONHECIMENTO DE NULIDADE DA PROVA. Embora certa a possibilidade de as partes apresentarem documentos em qualquer fase do processo judicial, nos termos do artigo 231 do CPP, não menos certo é que o Magistrado pode indeferir tal juntada na hipótese de verificar que a pretensão tem caráter protelatório ou tumultuário, ou ainda na hipótese de sua

> irrelevância ou impertinência para o julgamento do feito, tudo com amparo no § 1º do artigo 400 do CPP. Hipótese em que a defesa pretende a juntada de prova que já fora indeferida pelo juízo por reputar-lhe desnecessária e irrelevante para o julgamento do feito, encontrando-se a sentença, como informado, em estado adiantado. Tampouco viável, à vista exclusiva da referida prova, consistente em laudo pericial encomendado pela defesa, o reconhecimento da quebra da cadeia de custódia e consequente nulidade da prova consistente das informações coletadas do celular do corréu, haja vista que não prescindiria de acurado exame da prova produzida, o que é inviável na estreita via de cognição do habeas corpus. ORDEM DENEGADA. (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Trata-se de Habeas Corpus impetrado sob alegação de nulidade de prova apresentada em caráter protelatório sem informar a parte contrária, porém aceita. A ordem foi denegada, pois as partes podem apresentar provas durante qualquer fase processual e a prova encontrava-se disponível para ser utilizada, se as partes entendessem necessária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo possibilitou que algumas importantes conclusões fossem apontadas. Abordou-se a situação probatória no âmbito do processo penal, frente às alterações produzidas com a aprovação e advento da Lei nº 13.964/2019, em especial, no que diz respeito à coleta e preservação de elementos necessários para a prova pericial.

Assim como a essencialidade da prova no processo criminal, vê-se a importância da cadeia de custódia, procedimento fundamental para a preservação da confiabilidade das provas. Relatou–se acerca da aplicabilidade prática da quebra da cadeia de custódia na legislação brasileira, apresentando recentes decisões e sobretudo a necessidade de amparo do Estado para que o sistema penal possua a aplicabilidade necessária.

Além disso, importante destacar que a observância não somente da existência e legitimidade de determinada prova, mas também sua autenticidade deve ser valorada pelo julgador uma vez que sua fonte é essencial para tanto. Sobretudo, o cuidado em realizar o laudo pericial e principalmente no armazenamento do material coletado, os quais foram determinados nos procedimentos relacionados à cadeia de custódia com as alterações desencadeadas pela Lei 13.964/2019, são de extrema importância para o resultado de uma ação criminal.

Porém, para que a cadeia de custódia seja efetivamente implementada, será necessário que sejam capacitados os profissionais responsáveis, bem como que lhes seja fornecida a estrutura e os materiais e equipamentos necessários, para o bom desempenho de suas funções. Isso deve se dar principalmente em aspectos relacionados a central de custódia, pois para que haja efetividade é preciso que se de amparo em todos os sentidos aos Institutos Gerais de Perícia.

Com base nos aspectos tratados nesse estudo, viu-se que a grande dificuldade da cadeia de custódia é, de fato, a sua possibilidade de aplicação. E, mais ainda, as adequações necessárias nos institutos de perícia, em curto espaço de tempo. E isso torna-se responsabilidade do Estado, em compromisso com os princípios e a segurança pública em geral. Sobretudo, tais fatos afetam diretamente a legitimidade do processo judicial e do sistema de justiça.

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. **A quebra da cadeia de custódia da prova e as nulidades no processo penal**. De 2015. Disponível em: https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/215875552/a-teoria-da-quebra-da-cadeia-de-custodia-da-prova-e-as-nulidades-do-processo-penal . Acesso em: 16 ago. 2020

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 ago. 2020.

BRASIL, SENASP. Portaria nº 82 de 16 de julho de 2014.Secretaria Nacional de Segurança Pública. Disponível em: < http://www.lex.com.br/legis_25740023_portaria_n_82_de_16_de_julho_de_2014 >. Acesso em: 26 ago. 2020

BRASIL, Lei nº 13.964/2019 de 24 de dezembro de 2019. Diário Oficial da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 26 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.
CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP, Salvador: JusPodvim, 2020, p. 167 - 198.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Processo Penal**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 370 - 403.

IGP. **Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul**. Disponível em: https://igp.rs.gov.br/inicial Acesso em: 25 ago. 2020.

G1. **Instituto Geral de Perícias diz que há déficit de mais de 360 servidores em SC**. Publicado em 24 de julho de 2018. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2018/07/24/instituto-geral-de-pericias-diz-que-ha-deficit-de-363-servidores-em-sc.ghtml >. Acesso em: 25 ago. 2020.

STJ, **HC 160.662**, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Sexta Turma, DJe de 17 de março de 2014. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864482320/habeas-corpus-hc-160662-rj-2010-0015360-8/inteiro-teor-864482321?ref=juris-tabs. Acesso em: 26 ago. 2020

JORNAL DA CIDADE, 2019. Disponível em: http://jornaldacidade.net/cidades/2019/06/309898/cadeia-de-custodia-ausencia-poe-prova-pericial-em-xeque.html . Acesso em 25 ago. 2020.

JORNAL DO COMÉRCIO. Rio Grande do Sul tem 59% dos cargos de perícia vagos. Publicado no jornal de 10 de setembro de 2019. Disponível em:

https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/geral/2019/09/702488-rio-grande-do-sul-tem-59-dos-cargos-de-pericia-vagos.html. Acesso em: 25 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 8. ed. Salvador: JusPodvim, 2020, p. 657-720.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Pacote anticrime**: Cadeia de custódia da prova penal. Publicado em 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-dez-24/academia-policia-pacote-anticrime-cadeia-custodia-prova-penal. Acesso em 25 ago. 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Processo Penal Brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 586-644.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Criminal**, Nº 70082770116, Quarta Câmara Criminal**,** Tribunal de Justiça do RS, Relator: Julio Cesar Finger, Julgado em: 25-06-2020. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/707100077/apelacao-crime-acr-70080267776-rs. Acesso em: 16 ago. 2020a.

RIO GRANDE DO SUL. **Habeas Corpus Criminal**, Nº 70084164847, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cristina Pereira Gonzales, Julgado em: 26-05-2020. Disponível em:<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/908464864/habeas-corpus-criminal-hc-70084386648-rs?ref=feed . Acesso em: 19 ago. 2020b.

ZH. **Jornal Zero Hora**. Quase 90% das perícias no RS estão paradas há mais de 06 meses. Matéria publicada no jornal em 17 de abril de 2018. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/04/quase-90-das-pericias-em-aberto-no-rs-estao-paradas-ha-mais-de-6-meses-cjg3ly46000lh01qlnl2kguji.html Acesso em: 25 ago. 2020.

14

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL: semelhanças e distinções

Letícia Bonella[1]
Giana Lisa Zanardo Sartori[2]

RESUMO: O artigo traçou um paralelo entre os institutos do casamento e da união estável, a fim de analisar suas semelhanças bem como suas particularidades. A pesquisa foi realizada pelo método dedutivo, através da pesquisa bibliográfica pela análise doutrinária e jurisprudencial brasileira que versam sobre o tema estudado. Inicialmente o trabalho expôs alguns dados históricos relativos ao instituto do casamento e sua inserção na legislação brasileira, bem como a união estável deixou de ser conhecida como concubinato e passou a acolhida como entidade familiar. Após esses delineamentos históricos, a pesquisa passou a abordar o comparativo entre os aspectos referentes aos requisitos para formação, os efeitos pessoais e os efeitos patrimoniais do casamento e da união estável, buscando apontar as semelhanças e as distinções. Ao final, a pesquisa mostrou que o estudo dos institutos é complexo, tanto o matrimônio como a união estável evoluíram juntamente com a sociedade, atendendo às suas necessidades no que se refere à relacionamentos afetivos e formação familiar. Atualmente existem discussões e divergências na doutrina e jurisprudência sobre todos os aspectos que envolvem esses institutos. Talvez resida nesse ponto a beleza do Direito de família, pois é reflexo das vidas das pessoas como elas são.

Palavras-chave: Casamento. União estável. Família.

---

[1] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI - Campus Erechim/RS. e-mail: letibonella06@gmail.com
[2] Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI/SC), professora e pesquisadora da URI Erechim. E-mail: sgiana@uricer.edu.

INTRODUÇÃO

A noção de entidade familiar abordada pelo Direito está em constante alteração, indo ao encontro das mudanças apresentadas pela sociedade. Diferente não é o tratamento com o instituto do casamento e suas variações.

Fato indiscutível é que o casamento é uma das instituições do direito civil mais discutida pelos doutrinadores da área, na medida que se apresenta ligadas às noções basilares da sociedade, moralidade pública e privada, sofrendo fortes influências de conceitos religiosos para a concepção do instituto do casamento.

Com o avanço da sociedade a concepção divina foi substituída por uma definição mais objetiva, tratando o instituto como um negócio jurídico contratual, regulado por normas institucionais para sua celebração, sendo estabelecido pela legislação a total igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges antes, durante e depois do convívio conjugal.

Nos últimos anos, o cenário social vem amoldando-se às necessidades de casais que buscam uma união menos burocrática e formal, por esse motivo a união estável vem assumindo cada vez mais um papel importante deixando de ser uma segunda opção para tornar-se a primeira escolha de muitos, por se tratar de procedimento mais simplificado em comparação ao casamento, como será visto a seguir.

Inicialmente o trabalho apresenta alguns delineamentos históricos sobre o instituto do casamento e como ele foi inserido na legislação civil brasileira, da mesma forma descreve como a união estável deixou de ser considerada concubinato e uma forma ilegítima para constituição de família para ser uma instituição familiar perante o ordenamento jurídico.

A pesquisa preocupou-se em destacar os requisitos para formação, os efeitos pessoais e patrimoniais definidos para o casamento e para a união estável realizando um comparativo entre os institutos conhecidos como casamento e união estável. O método utilizado será o dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica, com a análise de doutrinas e julgados dos tribunais que abordem o tema.

1 DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

A noção de família é muito anterior ao conceito de casamento, já que na Antiguidade a formação nuclear de família não presumia uma ritualização, uma formalidade social ou religiosa, inerentes à constituição do casamento. Ademais, o casamento, enquanto instituição, deriva de um sistema organizado socialmente, com o estabelecimento de regras formais, com fundo espiritual ou laico (GAGLIANO E PAMPLONA FILHO, 2019).

Venosa (2020) demonstra que o Direito de Família possui forte conteúdo moral e ético, em constante mutação, sendo que as relações patrimoniais advindas dele são secundárias, dependentes dessa concepção moral e ética. Ainda, indica que o casamento continua sendo o centro do direito de família, apesar da importância que as uniões de fato receberam nas últimas décadas.

Tepedino e Teixeira (2020) estabelece que, originariamente, o casamento vinculou-se profundamente com o Direito Canônico, pelo seu fundamento primitivamente religioso.

Estabelecendo um paralelo do instituto do casamento e da união estável no decorrer das legislações brasileiras, começando pelo Código Civil Brasileiro de 1916, Venosa (2020) reconhece que sua sistemática ignorou a família ilegítima, constituída

sem casamento, fazendo raras menções ao então chamado concubinato, com o único fim de proteger a família legítima, porém jamais reconhecendo direito à união de fato.

Gagliano e Pamplona Filho retratam acertadamente como a organização social desempenhou um papel negativo para o chamado concubinato ou uniões livres:

> Se é certo o prestígio que a família formada pelo casamento angariou historicamente na sociedade ocidental, notadamente por decorrência de dogmas religiosos e imposições estatais de controle, da mesma forma não há como se negar que as uniões livres, consideradas aquelas independentes do matrimônio, passaram por verdadeira saga para ter reconhecido o seu status de modalidade admitida de composição familiar. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 417)

Assim, é perceptível que o Código Civil Brasileiro de 1916 refletiu uma visão matrimonializada e patriarcal da família, a qual era constituída oficialmente pelo matrimônio (TEPEDINO e TEIXEIRA, 2020).

Essa concepção somente foi rompida com o advento da Constituição Federal Brasileira de 1988, que reconheceu a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, sendo seguida assim pela legislação ordinária, o Código Civil Brasileiro de 2002 e outras, que outorgaram e reconheceram os direitos que advindos dessas relações (VENOSA, 2020).

Venosa segue afirmando: "Se, por um lado, o casamento ainda guarda posição de proeminência sociológica e jurídica em nosso meio, não é menos verdadeiro que a entidade familiar sem casamento goza do beneplácito da sociedade e de proteção constitucional, [...]." (VENOSA, 2020, p. 25).

Inevitável admitir que o casamento vem ocupando, desde as primeiras legislações, um lugar de especial proteção social, contudo com a grande modernização e a busca por procedimentos mais rápidos, menos descomplicados e burocráticos, a união estável vem ocupando espaço dentre aqueles que pretendem constituir família e, diante disso, não restou outra alternativa ao legislador senão reconhecê-la como entidade familiar que desfruta das mesmas prerrogativas do casamento civil.

2 REQUISITOS PARA FORMAÇÃO DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.

Elucida Tartuce (2019), que o casamento é a união entre duas pessoas, com o objetivo de constituir família, reconhecida e regulamentada pelo Estado e baseada em vínculo afetivo.

É ato pessoal, cabendo unicamente aos nubentes a manifestação de vontade, considerado o ato mais solene do direito brasileiro, a lei o reveste de uma série de formalidades perante a autoridade do Estado, a fim de garantir sua publicidade e validade, trazendo maior segurança aos atos praticados, enfatizando assim sua seriedade. (VENOSA, 2020).

Inicia-se as formalidades pelo processo de habilitação dos nubentes, que se apresenta como medida preventiva, a fim de constatar a capacidade dos noivos para a realização do casamento, inexistência de impedimentos matrimoniais e dar publicidade, através da publicação de editais, à sua pretensão. Permite ainda o exame de situações que ameacem a ordem pública (GONÇALVES, 2019).

A instauração do processo de habilitação deve ser requerida pelos noivos, no cartório de seu domicílio. O oficial afixará os proclamas em lugar ostensivo no cartório, decorrido o prazo de 15 dias deste ato, entregará aos nubentes a certidão de que estão habilitados a se casar dentro de 90 dias (GONÇALVES, 2019).

Munidos da certidão de habilitação, os noivos peticionam à autoridade que presidirá o ato, requerendo a designação do dia, hora e local para celebração da cerimônia de casamento. É um verdadeiro ritual, com incidência de normas de ordem pública, atribuindo ao ato seriedade e certeza, facilitando sua prova e resguardando o interesse de terceiros, por meio da publicidade conjugal. Se for celebrada sem observação aos rigores da lei, torna inexistente o ato (GONÇALVES, 2019).

A principal formalidade da celebração ocorre no momento em que o juiz pergunta aos nubentes, um após o outro, se persistem no propósito de casar. A resposta deve ser pessoal e oral, não importando o silêncio como manifestação de vontade. Tal formalidade visa assegurar a liberdade e atualidade do consentimento matrimonial, indo de acordo com o princípio da atualidade do mútuo consenso. Tendo os noivos consentido de forma inequívoca o juiz declarará efetuado o casamento agindo assim em nome da lei, como representante do Estrado. (GONÇALVES, 2019).

Como bem observa Gonçalves (2019), ao contrário do casamento, a união estável independe de formalidades para sua constituição, ou seja, basta o fato da vida em comum.

Nesse ínterim, Venosa (2020) destaca que a natureza jurídica da união estável é de fato jurídico, visto não ser exigido dos companheiros a formalização da união via instrumento escrito, muito embora eles possam fazer um contrato de convivência, que servirá como marco de existência para a união.

Para sua configuração, a Constituição Federal Brasileira de 1988 e o Código Civil Brasileiro de 2002 estabeleceram alguns requisitos a serem preenchidos a fim de ser reconhecida a união estável, devendo ser comprovados pelos conviventes ou interessados. São eles: a convivência pública, contínua e duradoura, com objetivo de constituição de família.

A convivência pública trata-se de notoriedade e publicidade da relação, devendo os companheiros apresentar-se à sociedade como se fossem marido e mulher, não podendo ser considerado como união estável um relacionamento oculto ou clandestino (TARTUCE, 2020).

A continuidade refere-se a um relacionamento sem interrupções, atestando assim sua solidez, visto que constantes rupturas podem causar inseguranças a terceiros. Quanto à duração, a lei não estabelece prazo determinado para configurar a entidade familiar, sendo indispensável a estabilidade da relação (GONÇALVES, 2019).

Por fim o *animus familiae* ou ânimo de constituir família, é um requisito que se mostra difícil de provar por se tratar de elemento subjetivo, sendo necessário, assim como nos outros acima citados, que o juiz realize uma análise de acordo com o caso que lhe é apresentado.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem considerando os requisitos acima descritos para configuração da união estável, além da ausência de impedimentos para o casamento.

> *Ementa: APELAÇÃO CIVEL. PREVIDÊNCIA PÚBLICA. IPERGS. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. UNIÃO ESTÁVEL DEMONSTRADA. REQUISITOS DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. PROVA DOS AUTOS. CUMULAÇÃO DE PENSÕES. VEDAÇÃO. OPÇÃO PELA PENSÃO MAIS CONVENIENTE. ART. 41, §6º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. - A companheira sobrevivente de segurado da autarquia possui direito à pensão previdenciária por morte, independentemente da comprovação de dependência econômica. Observância à isonomia. Precedentes jurisprudenciais. - Para a configuração da união estável como entidade familiar, devem estar presentes na relação afetiva os seguintes requisitos: (i) publicidade; (ii) continuidade; (iii) durabilidade; (iv) objetivo de constituição de família; (v) ausência de impedimentos para o casamento,*

> *ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial. Inteligência do art. 1.723 do Código Civil. - No caso, as provas produzidas no processo demonstram que a autora e o falecido conviviam como se casados fossem, em união estável, merecendo destaque a declaração do irmão do de cujus; o fato de a filha da apelada constar como declarante na certidão de óbito do ex-servidor; bem como os registros fotográficos acostados. Requerente que constou como única beneficiário do plano de previdência privada "BRASILPREV – ESTILO LP VGBL", na condição de companheira, com o que anuíram os irmãos do falecido, elemento indicativo da união estável declarada. - Por outro lado, percebendo a recorrida benefício do IPERGS em razão do falecimento de seu primeiro marido, imperativa a incidência do art. 41, §6º, da Constituição Estadual, segundo o qual o "benefício da pensão por morte de segurado do Estado não será retirado de seu cônjuge ou companheiro em função de nova união ou casamento destes, vedada a acumulação de percepção do benefício, mas facultada a opção pela pensão mais conveniente, no caso de ter direito a mais de uma". Reforma da sentença no ponto. APELO PROVIDO EM PARTE. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação / Remessa Necessária, Nº 70080821879, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 12-12-2019)* (RIO GRANDE DO SUL, 2019)

Parte da doutrina acrescenta outros requisitos, que não estão expressos na lei, como a convivência, coabitação ou *more uxorio* e a relação monogâmica. Quanto ao último, há decisões no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que vem aceitando as chamadas uniões estáveis paralelas, a fim de reconhecer a existência de duas uniões estáveis concomitantes, garantindo direitos à ambos os conviventes.

Além disso, apontam como requisito a diversidade de sexos, no entanto tal entendimento já foi alterado pela ADIn. 4277 e pela ADPF 132, julgadas pelo STF em 05.05.2011, onde reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, regida pelas mesmas regras aplicáveis a união estável de casais heterossexuais, proclamando, com efeito vinculante, que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade e o princípio da dignidade da pessoa humana. (GONÇALVES, 2019).

O STF (2011) deixa claro seu entendimento no julgamento da ADPF 132, quando afirma a liberdade para dispor da própria sexualidade é um direito fundamental de qualquer indivíduo, sendo garantida sua autonomia de vontade o que inclusive é cláusula pétrea garantida constitucionalmente.

> [...] 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à

> busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...] (STF, 2011, p. 3)

O entendimento fixado pelo STF no julgamento, não deixou dúvidas no sentido de que não deve haver diferenciação entre a união estável homoafetiva e a heteroafetiva, bem como estabelece a identidade constitucional entre os termos entidade familiar e família:

> [...] 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" [...] (STF, 2011, p. 3)

3 EFEITOS PESSOAIS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL

Os efeitos pessoais causados pelo casamento e pela união estável se assemelham. Sendo assim, Gonçalves (2019) aponta como o principal efeito pessoal do casamento a comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges, como explicitado no art. 1.511 do Código Civil Brasileiro de 2002.

O casamento gera efeitos jurídicos amplos, trazendo direito e deveres para ambos os cônjuges que assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família, podendo qualquer um acrescer ao seu o sobrenome do outro, não sendo esta inclusão obrigatória. (GONÇALVES, 2019). Adquirem um status especial, o estado de casados, assumindo inúmeras consequências em relação a prole e perante terceiros (GONÇALVES, 2019).

O art. 1.566 do Código Civil Brasileiro de 2002 elenca os deveres de ambos os cônjuges:

> "I - fidelidade recíproca;
> II - vida em comum, no domicílio conjugal;
> III - mútua assistência;
> IV - sustento, guarda e educação dos filhos;
> V - respeito e consideração mútuos." (BRASIL, 2002)

Os artigos que seguem a este, abordam questões que amparam a chamada *família democrática,* regulamentando, por exemplo, o dever de colaboração na direção da sociedade conjugal, sempre no interesse do casal e dos filhos, bem como a colaboração patrimonial, devendo cada cônjuge concorrer, na proporção de seus bens e rendimentos, para o sustento da família e a educação dos filhos (TARTUCE, 2020).

A união estável possui direitos e deveres parecidos com os apresentados para o casamento. Alguns apontamentos a respeito fazem-se necessários. Começando por explicitar que a união estável não altera o estado civil dos companheiros, logo, para ter o reconhecimento de terceiros deve ser provada e declinada a todo tempo.

Assim como no casamento, o Código Civil Brasileiro de 2002 expõe quais são os deveres dos companheiros no art. 1.724: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos" (BRASIL, 2002).

Nota-se que que a lei civil estabelece quase os mesmos deveres previstos para o casamento, entretanto não fazendo menção ao dever de convivência no domicílio conjugal e fala em lealdade e não em fidelidade, como no casamento (TARTUCE, 2020).

Tais diferenças se dão pelo fato de a união estável se apresentar como um compromisso mais moderno, podendo os companheiros acordar em não morar no mesmo domicílio ou optar por uma relação mais "flexibilizada", como exemplo os casais que preferem morar em residências distintas mesmo mantendo uma relação de comunhão de vidas.

4 EFEITOS PATRIMONIAIS DO CASAMENTO E DA UNIÃO ESTÁVEL.

Além dos efeitos pessoais, tanto o casamento como a união estável, geram efeitos patrimoniais. No casamento, são: "consequências e vínculos econômicos, consubstanciados no regime de bens, nas doações recíprocas, na obrigação de sustento de um ao outro e da prole, no usufruto dos bens dos filhos durante o poder familiar, no direito sucessório, etc..." (GONÇALVES, 2019, p. 184)

Gonçalves (2019) aponta que o Código Civil Brasileiro de 2002 estabelece aos cônjuges o dever de sustento da família, obrigação alimentar, bem como o termo inicial da vigência do regime de bens, sendo este, em princípio irrevogável, só podendo ser alterado com autorização judicial mediante pedido motivado de ambos os cônjuges. Após apuração da procedência das razões e ressalvados os direitos de terceiros. Observa-se que tal alteração não pode ser obtida unilateralmente.

O bem familiar é regulado nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002 e visa "proteger o patrimônio comum e de cada cônjuge, especifica os atos que não podem ser praticados por um dos cônjuges sem a anuência do outro" (GONÇALVES, 2019, p. 185).

Além disso, assegura ao cônjuge sobrevivente os direitos sucessórios na ausência de descendentes e ascendentes, incluindo-o como herdeiro necessário, concorrendo à herança com os descendentes e ascendentes, quando for o caso (GONÇALVES, 2019).

Ainda, o art. 1.831 do Código Civil Brasileiro de 2002 garante ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bem, o direito real de habitação

relativamente ao imóvel destinado à residência da família, se for o único da natureza a inventariar, sem prejuízo da sua participação na herança.

A união estável apresenta direitos e deveres patrimoniais muito similares aos do casamento, devido a grande equiparação dos dois institutos constante no Código Civil Brasileiro de 2002 e na Constituição Federal Brasileira de 1988.

Assim, preleciona o art. 1.725 do Código Civil Brasileiro de 2002 que, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, no que couber. O referido contrato é o *contrato de convivência,* serve para determinar qual será o regime aplicado, bem como, para reconhecer a existência, validade e eficácia de uma união estável a partir de determinado momento, não sendo afastada a possibilidade de se que já existia antes do período mencionado (TARTUCE, 2020).

Logo, por ser a união estável integralmente equiparada ao casamento realizado no regime de comunhão parcial de bens, em caso de dissolução, os conviventes têm garantido seu direito de meação dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável (GONÇALVES, 2019).

O art. 1.694 do Código Civil Brasileiro de 2002 assegura o direito dos companheiros para pedir alimentos quando estes forem necessários para sua sobrevivência, podendo nesse caso a união estável ser provada por qualquer meio de prova necessário e disponível.

Quanto à sucessão hereditária, o art. 1.790 do Código Civil Brasileiro equiparava o companheiro ou companheira aos outros herdeiros, devendo concorrer com estes para a divisão da herança. Entretanto, o STF reconheceu em 2007, a inconstitucionalidade do referido dispositivo no julgamento do Recurso Extraordinário 878.694/MG, de Relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, informativo 864, passando assim a ser visto o companheiro ao lado do cônjuge na ordem sucessória do art. 1.829 do Código Civil (TARTUCE, 2020). Tal decisão aproxima ainda mais a união estável do casamento, quanto aos direitos adquiridos pelos nubentes.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal Brasileira de 1988 reconheceu a união estável como entidade familiar e o Código Civil Brasileiro de 2002 trouxe a regulamentação necessária para sua formação, outorgando direitos e deveres aos companheiros.

No entanto, é evidente que o legislador pátrio ainda prioriza o casamento como instituto preferível para a constituição familiar. Prova disso é a presença de mais de 70 (setenta) artigos no Código Civil Brasileiro de 2002 regulamentando o casamento e apenas 05 (cinco) abordando a união estável.

A principal diferença apresentada entre o casamento e a união estável é o fato de que, no primeiro, o vínculo entre duas pessoas precisa ser reconhecido e regulamentado pelo Estado, enquanto na segunda opção basta que o casal passe a estabelecer relação que preencha os requisitos estabelecidos pela lei.

Logo, pelo fato de ser um processo menos burocratizado e livre de qualquer formalidade, tanto para formação quanto para dissolução, a união estável vem tomando grande espaço entre os casais, não por falta de opção, como era anteriormente, mas sim como primeira escolha para a formação de sua família.

Cada vez mais a legislação busca a aproximação desses institutos, garantindo maiores garantias aos contraentes da união estável, ambicionando que eles possuam mais direitos, independente de optarem pelo casamento ou pela união estável.

Ainda assim, a união estável apresenta pontos negativos no sentido de ser difícil provar sua existência, visto não haver exatidão quanto ao momento que a união de fato começou, circunstância que pode ser crucial no caso de uma dos companheiros falecer e o outro necessitar provar judicialmente que possuíam união estável, para obter seu direito de herança.

Neste sentido, o casamento mostra-se com maior eficácia, pois a partir do momento em que a celebração é realizada o matrimônio passa a ser conhecido por todos em função da alta publicidade dada ao ato.

O estudo dos institutos é, de certa forma, complexo, tendo em vista que sua existência remonta a tempos antigos, antes mesmo do surgimento do Direito e de legislações escritas. Tanto o matrimônio como a união estável evoluíram juntamente com a sociedade, atendendo às suas necessidades no que se refere à relacionamentos afetivos e formação familiar. Ainda, atualmente existem discussões e divergências na doutrina e jurisprudência sobre todos os aspectos que envolvem uma união estável e um casamento. Talvez resida nesse ponto a beleza do Direito de família, pois é reflexo das vidas das pessoas como elas são.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 06.04.2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como ação direta de inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132. Rio de Janeiro. Relator: Min. Ayres Britto. 05.05.2011. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633. Acesso em: 06.04.2020

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil**: direito de família. 9. ed. São Paulo Saraiva Educação, v. 6, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609543/cfi/4!/4/4@0.00:0.00. Acesso em: 18.08.2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 6. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608966/cfi/4!/4/4@0.00:2.75, acesso em: 20.03.2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível.** previdência pública. ipergs. pensão por morte. companheira. união estável demonstrada. requisitos do art. 1.723 do código civil. prova dos autos. cumulação de pensões. vedação. opção pela pensão mais conveniente. art. 41, §6º, da constituição estadual. Apelação/Remessa Necessária, Nº 70080821879. Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 12-12-2019, disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 06.04.2020

TARTUCE, Flávio. **Direito de Família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 5. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989385/cfi/6/10!/4/24/2@0:0. Acesso em: 20 mar. 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: família e sucessões. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024777/cfi/6/10!/4/28/2@0:0, acesso em: 20.03.2020.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do Direito Civil**: Direito de família. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, v.6, 2020. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/cfi/6/2!/4/2@0:0. Acesso em: 19.08.2020.

15
CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS DANOS MORAIS FRENTE AO CÓDIGO CIVIL

Bruno Friedrich Rohleder[1]
Alini Bueno dos Santos Taborda[2]

RESUMO: O presente artigo destina-se a realizar uma sucinta abordagem sobre os Danos Morais frente ao Código Civil, abrangendo outros institutos jurídicos referentes ao assunto. Os objetivos constituem-se na conceituação do objeto em estudo e na análise, sobre o prisma da legislação vigente, do amparo jurídico que se concede aos cidadãos como dispositivos de garantia à dignidade humana. Para concretizar-se os almejos, emprega-se a metodologia de abordagem dialética, exteriorizando argumentos e contra-argumentos referentes aos pontos elaborados. Quanto aos métodos de procedimento, aplica-se o comparativo. Frente aos resultados, verifica-se pretensões indenizatórias infundadas e a ineficiência do caráter pedagógico pretendido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se, portanto, que é mister o aperfeiçoamento legislativo para a plena eficácia da dignidade humana. Ademais, necessita-se a imposição de valores significativos nos ressarcimentos para que se torne consistente o desestímulo aos agentes violadores.

Palavras-chave: Amparo jurídico. Caráter pedagógico. Danos Morais. Pretensões.

---

[1] Acadêmico do curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI - Campus Cerro Largo/RS. E-mail: bruno.rohl@outlook.com.br
[2] Doutoranda e mestra em Direito pela URI – Campus de Santo Ângelo/RS, Especialista em Direito Tributário e Exercício do Magistério Superior pela UNISUL/SC, Especialista em Formação Pedagógica pela Celer Faculdades/SC, Professora de Direito da URI - Campus Cerro Largo/RS, Advogada. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Conflito, Cidadania e Direitos Humanos; Novos Direitos na Sociedade Complexa; Gestão e Direito para o Desenvolvimento- EGEDDE, ambos vinculados ao CNPq. E-mail: alinitaborda@gmail.com

INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XII, determina que: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques." O artigo referenciado, com caráter universal, explana sobre a vida privada da pessoa, bem como sua honra, isto é, um bem extrapatrimonial de fundamental relevância inerente a qualquer ser humano.

Ao analisar a história da humanidade, percebe-se que nas sociedades antigas essas questões já eram objeto de discussão. Cita-se o Código de Hamurabi e o Código de Manu que, em seus parágrafos e artigos, apresentam conteúdo a que se refere aos danos morais. Diante disso, nota-se que a moral de um indivíduo foi entendida e aceita na consciência dos povos, em diversas épocas, como um elemento de valorização e de necessária respeitabilidade.

Por consequência, fez-se necessário a positivação da inviolabilidade da moral, nas mais distintas Constituições, a fim de garantir que as pessoas não sofressem tais violações. Como visto anteriormente no artigo da DUDH, a honra, a vida privada e a reputação do ser humano não pode sofrer interferências ou ataques. Para a realização de tal feito, o Estado deve proteger tais direitos no intuito de preservá-los, alcançando assim o respeito à dignidade humana.

Nesse viés, o presente artigo busca ampliar conhecimentos acerca dos danos morais. Utilizar-se-á, para tanto, o método de abordagem dialética, a fim de argumentar e contra-argumentar como o tema em estudo, usufruindo de sua natureza jurídica-normativa, proporciona maior garantia à dignidade humana. No primeiro ponto, discorrer-se-á sobre o conceito e especificidades legislativas e empregará uma metodologia de procedimento estatístico. No segundo ponto, o qual desenvolverá uma análise da utilização do direito e uma observação sobre os efeitos verificados nas violações, aplicar-se-á um método de procedimento estatístico-comparativo.

1 CONCEITO E AMPARO JURÍDICO DO DANO MORAL

A conceituação de Danos Morais é elemento pertinente para iniciar-se o debate sobre o assunto. E, como veremos a seguir, são variados os posicionamentos. Por exemplo, o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, ao conceituar o dano moral assegura que:

> 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. (GONCALVES, 2009, p.359)

Já segundo a jurista Maria Helena Diniz, "O dano moral vem a ser a lesão de interesse não patrimoniais de pessoa natural ou jurídica, provocada pelo fato lesivo." (DINIZ, 2010, p. 81). Na visão de Pontes de Miranda, "Nos danos morais, a esfera ética da pessoa é que é ofendida: o dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio". (MIRANDA, apud PINA, 2015). Nesse mesmo sentido, afirma Nehemias Domingos de Melo "dano moral é toda agressão injusta aqueles bens imateriais, tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica, insuscetível de quantificação pecuniária". (MELO, 2004, p. 9). Já nas lições de de Yussef Said Cahali:

> Dano moral, portanto, é a dor resultante da violação de um bem juridicamente tutelado, sem repercussão patrimonial. Seja dor física – dor-sensação, como a denominada Carpenter – nascida de uma lesão material; seja a dor moral – dor-sentimento, de causa imaterial. (2011, p. 28).

Complementa-se tal definição com o seguinte enunciado referente ao dano moral:

> Toda ofensa a direito personalíssimo, ou seja, direitos extrapatrimoniais (CC: arts. 953 e 954). O atual CC passa a considerar o dano moral como ato ilícito suscetível de indenização. A lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) inclui na CLT o Título II-A sobre dano extrapatrimonial, em especial elencou os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física e à pessoa jurídica. (GUIMARÃES, 2019, p. 91).

Com base nos ensinamentos dos juristas supracitados, entendemos ser possível estabelecer os danos morais como sendo uma ofensa à imagem, à honra, à intimidade, ao nome e a outros componentes personalíssimos de uma pessoa física ou jurídica. E como mencionado, o dano moral é classificado como uma atitude ilícita presumível de ressarcimento. Para isso, a pessoa que sofrer tal ofensa deve submeter ao magistrado a pretensão de fazer valer seu direito. Nesse viés, é indispensável apresentar os dispositivos presentes no ordenamento jurídico brasileiro que garantem a proteção aos violados e que prescrevem sanções aos violadores.

A proteção a moral é um direito do cidadão com garantia constitucional. Conforme previsto no artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso V, "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". (Brasil, 1988). Ainda, o seu inciso X prescreve que, "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação". (Brasil, 1988). Nessa perspectiva, percebe-se que a inviolabilidade dos direitos personalíssimos da pessoa está atrelada ao caráter sancionatório da norma. Busca-se, através da sanção, evitar possíveis violações.

Em virtude das constantes práticas sociais que acarretavam na violação da integridade moral, não bastou somente a obrigatoriedade da lei para assegurar o respeito a outrem. Frente a isso, o constituinte percebe a ineficiência da simples proibição da conduta e prescreve o ressarcimento como forma de desestímulo. A importância é tamanha que a Constituição Federal de 88 tratou explicitamente de tal garantia no intuito da preservação e asseguração da dignidade humana. Ou seja, como ressalta Yussef Said Cahali: "O instituto atinge agora a sua maturidade e afirma a sua relevância, esmaecida de vez a relutância daqueles juízes e doutrinadores então vinculados ao equivocado preconceito de não ser possível compensar a dor moral com dinheiro" (1998, p. 17).

Mas, importante mencionar, que segundo os doutrinadores, mesmo que de forma primitiva, o instituto aparece pela primeira vez no Código de Hamurabi, por exemplo, nos termos do §127 do código, transcrito por Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona: " Se um homem livre estendeu o dedo contra uma sacerdotisa, ou contra a esposa de um outro e não comprovou, arrastarão ele diante do juiz e raspar-lhe-ão a metade do seu cabelo" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, p. 58).

Mas, por óbvio as os danos eram sopesados e reparados de modo diverso, conforme expõe Clayton Reis:

> A noção de reparação de dano encontra-se claramente definida no Código de Hamurabi. As ofensas pessoais eram reparadas na mesma classe social, à causa de ofensas idênticas. Todavia o Código incluía ainda a reparação do dano à custa de pagamento de um valor pecuniário. (REIS apud GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2004, pag. 61).

Também ouve referência a tal instituto nas Leis de Manu, e de forma especial no Direito Romano, onde existia uma grande preocupação com a questão da honra, e vigorava a Lei das XII Tábuas, norma que já estabelecia penas patrimoniais para crimes como a injúria e o dano. Nesse sentido, segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona:

> Os cidadãos romanos, que eventualmente fosse vítimas de injurias, poderiam, valer-se da ação pretoriana a que se denominava *injuriarum a estimatoria*. Nesta, reclamavam uma reparação do dano através de uma soma em dinheiro, prudentemente arbitrada pelo Juiz, que analisaria, cautelosamente, todas as circunstancias do caso. (2004, p. 62)

Nota-se que em verdade, a reparação dos danos já existia nas relações das sociedades arcaicas e permanece nas relações sociais contemporâneas. Entretanto, em épocas remotas a maneira de como o dano era reparado consistia-se na retribuição violenta por parte do lesado. Por sua vez, a forma que se emprega na atualidade traduz-se em pagamentos pecuniários como forma não somente de tentar amenizar os efeitos dos danos, mas procurando desestimular também os agentes causadores das violações.

Nesse sentido, importante as considerações de Yussef Said Cahali (1998, p. 175), "a indenizabilidade do dano moral desempenha uma função tríplice: reparar, punir, admoestar ou prevenir". Tal entendimento demonstra que, apesar de ter como objetivo e finalidade a reparação civil, impondo-se o pagamento de um quantum indenizatório, e a devida responsabilização pelo dano causado tem-se uma necessária mudança, no sentido de que a responsabilidade civil deve também exercer uma função preventiva, buscando inibir a prática de novos comportamentos ilícitos.

Os institutos jurídicos vigentes, como o Código Civil brasileiro, dispõem de artigos que estabelecem a proteção do assunto em questão. Norteado pela Constituição brasileira, tal legislação, tratou com maior abrangência da indenização e prescreveu o comportamento violador como ato ilícito. O artigo 186 determina, “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). Compreende-se tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, de direito público interno, como civilmente responsável pelo ato.

Por serem condutas que impossibilitam o pleno exercício dos direitos, torna-se relevante que as violações sejam compreendidas como ilícitas, mesmo não havendo a intenção no comportamento. Cientes das normas que regulamentam suas relações sociais, os cidadãos ponderam seus comportamentos orientados pela prudência. Destarte, atinge-se a harmonia social e, essencialmente, a concretização do direito à dignidade.

Retornando ao que se diz respeito a responsabilidade civil, fica obrigado o autor a pagar a devida indenização à vítima. O artigo 927 dispõe sobre: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. (Brasil, 2002). Ou seja, o ordenamento jurídico não permite a impunidade do responsável, sendo cabível a ele a reparação pelo dano cometido. Sobre isso, o artigo 944 determina, “A indenização mede-se pela extensão do dano.” (Brasil, 2002). Dessa

forma, não há um tabelamento de valores indenizatórios, o juiz decidirá em conformidade com o caso concreto, respeitando a ordem jurídica.

Os negócios jurídicos, assim como as relações sociais, demandam de proteção aos direitos. O objetivo desse artigo não é explanar acerca de consumidores, entretanto, o instituto jurídico que aqui será abordado é importante referência aos danos morais. Comumente, é possível verificar inúmeras violações à consumidores por parte de empresas e, consequentemente, requer-se garantias legislativas para esse elemento vulnerável da relação.

Assim, complementando o conteúdo, cita-se o Código de Defesa do Consumidor sobre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço. Em seu artigo 12, fica determinado que:

> 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. (Brasil, 1990).

Percebe-se também no artigo 14 sobre a responsabilidade de fornecedores de serviços:

> 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. (Brasil, 1990).

Percebemos que com o decorrer do tempo e evolução da sociedade, o instituto do dano moral no direito brasileiro tem se transformado. E, atualmente fica determinado que, tanto pessoas físicas quanto jurídicas possuem responsabilidade pelos atos, e mesmo não havendo culpa devem reparar os danos causados. Entretanto, apesar da importância de tal proteção jurídica, tem sido comum o uso errôneo deste direito, ou seja, as pessoas exigem equivocadamente a indenização sem haver efetivamente um dano moral, o que gera uma sobrecarga no Poder Judiciário. Diante de tantas pretensões reiteradas e descabidas, tratar-se-á a seguir no que se refere às equivocadas pretensões indenizatórias.

2 O USO ERRÔNEO DO DIREITO E O CARÁTER PEDAGÓGICO

Conforme o acima exposto, é possível notar que não resta dúvida na teoria quando a existência de referido direito indenizatório, entretanto, atualmente enfrenta-se problemas quanto a prudência e real necessidade da utilização da indenização por dano moral. Ou seja, ultrapassadas as questões quanto a necessária reparação do dano causado agora fala-se em uma indústria do dano moral, pois atualmente é notória a existência de diversos pedidos inócuos e que podem se configurar como ações oportunistas, uma vez que baseados em aborrecimentos.

Sobre a chamada indústria do dano moral, importante mencionar que apesar de aparecer na fala de diversos autores, encontra-se também negativa quanto a sua existência, e nesse sentido, vale citar o que preleciona Ronaldo Alves de Andrade:

> É certo que em muitos casos a vítima propõe ação sem base fática ou jurídica. Também é certo que os valores pleiteados, muitas vezes sob os auspícios da justiça gratuita, são muito elevados em comparação com o dano sofrido. Todavia, esses casos não são a regra e cada dia mais os pedidos têm sido feitos

> em valores compatíveis com os fixados pela jurisprudência. Assim, não existe a "indústria dos danos morais", e sim, alguns pedidos que discrepam do bom-senso e da proporcionalidade que deve existir entre o dano e o valor da indenização correspondente. (2011, p. 27)

Sabemos que para conceder reparação por dano moral o magistrado deve encontrar-se convencido da efetiva ofensa à dignidade, baseada em violações à integridade física, psíquica ou moral do indivíduo. Ou seja, é essencial para se cogitar uma indenização com esse fundamento, que o ofendido comprove que sofreu algum dano que exceda a esfera do que possa ser considerado razoável, e aqui entra-se em um campo de aferição subjetiva, mas que poderia ser entendido como aquilo que vai além de um mero dissabor ou frustração, além do que o homem-médio poderia aceitar como fato comum nas relações sociais.

Nesse ponto, importante destacar o posicionamento do eminente Desembargador Sergio Cavalieri Filho, quanto a questão:

> Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI, 2008, p. 78)

A doutrina tem defendido que um dano moral é provado *in re ipsa*, ou seja, pela força do próprio fato. É compreensível, em certos casos, a existência de um prejuízo a julgar pela dimensão do fato, a morte de um familiar por exemplo. Entretanto, não se pode levar em consideração esse prejuízo presumido em todos os casos e desprezar o requisito da certeza para admitir a reparação de um dano, isso torna possível uma pessoa ser indenizada sem sofrer um prejuízo real.

A jurisprudência, por sua vez, vem desconsiderando esse caráter absoluto. Em um julgamento ocorrido em 2008, no qual houve uma impronúncia de tentativa de crime imputada à uma pessoa, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça isentou o Estado ao pagamento da indenização pelo suposto dano moral pois, "para que se viabilize pedido de reparação, é necessário que o dano moral seja comprovado mediante demonstração cabal de que a instauração do procedimento se deu de forma injusta, despropositada, e de má-fé." (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial 969097 DF 2007/0165590-7, Relator Ministro Luiz Fux, 2008).

Como consequência, a fim de promover um efeito lenitivo às demandas judiciais, o Supremo Tribunal de Justiça definiu as hipóteses em que o dano moral pode ser presumido. Dentre elas, configuram-se os casos de:

> - Cadastro de inadimplentes: quando uma pessoa tem seu nome inserido no cadastro indevidamente e, por consequência, sofre restrições financeiras, bem como dificuldade com concessões de crédito.
> - Responsabilidade bancária: quando a inclusão indevida é motivada por erros de serviços da instituição bancária, que resulta em abalos psíquicos ao cliente. Entretanto, a indenização não ocorre quando a vítima já tiver registros precedentes no cadastro de inadimplentes.
> - Atraso de voo: recai a responsabilidade sobre o causador, resulta-se em transtornos, aflição e desconforto de quem arcou com o pagamento para

> serviços prestados defeituosamente. Desta forma, pelo descumprimento dos horários, em período de tempo significante, presume-se o dano que deve ser reparado.
>
> • Diploma sem reconhecimento: quando alunos formados não podem exercer a profissão devido à falta de diploma reconhecido pelo Ministério da Educação. O dano material, entretanto, precisa ser comprovado com perdas reais resultantes do atraso, segundo o STF.
>
> • Equívoco administrativo: em um recurso especial, em 2003, envolvendo o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem (DAER/ RS), o pagamento de uma multa indevida gerou a reparação do dano moral (presumido) por parte do órgão. Com a decisão, entendeu-se que os atos administrativos devem ser executados com perfeição, o cidadão não pode sofrer pela má organização, ineficácia e abuso de quem deve atender ao público.
>
> • Credibilidade desviada: o STJ, em 2011, presumiu o dano à médicos que tiveram seus nomes incluídos em um guia de orientação de plano de Saúde, gerando o pagamento da indenização a eles. Essa foi a posição tomada pela 4º Turma ao negar a apelação da Agência Médica Internacional e Gestão em Saúde. A inclusão dos nomes ocorreu sem que os médicos tivessem conhecimento do credenciamento às empresas, e isso só se deu quando pacientes entraram em contado a eles buscando informações sobre o convênio. Diante disso, entende-se que seguradoras não podem desviar credibilidade de profissionais à planos de serviços a quais se designam, sem poder incluir nomes de maneira indevida. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, REsp 1020936 ES 2008/0001128-3, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 2011).

Com prosseguimento ao assunto, a busca por indenizações resultantes de mero aborrecimento tem acarretado uma sobrecarga no Poder Judiciário. Comumente o Supremo Tribunal de Justiça depara-se com demandas de reparação de danos que não existem, muitas vezes são pedidos sem propósito. Para exemplificar, cita-se o Recurso Especial Nº 1.399.931, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, no qual o recorrente requer indenização (por danos morais) por ter comprado um tablet pela internet, para presentear seu filho no Natal, e a mercadoria não ter sido entregue. O pedido foi negado, a jurisprudência da Corte afirma que, "os aborrecimentos comuns do dia a dia, os meros dissabores normais e próprios do convívio social não são suficientes para originar danos morais indenizáveis." (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial Nº 1.399.931 - MG (2013/0281903-4), Relator: Ministro Sidnei Beneti, 2014).

Já no Recurso Especial Nº 1.269.246, com relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, após pretensão indenizatória por atraso em voo doméstico inferior a 8 horas, a 4ª Turma decidiu que:

> A verificação do dano moral não reside exatamente na simples ocorrência do ilícito, de sorte que nem todo ato desconforme o ordenamento jurídico enseja indenização por dano moral. O importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante. Daí porque doutrina e jurisprudência têm afirmado, de forma uníssona, que o mero inadimplemento contratual – que é um ato ilícito – não se revela, por si só, bastante para gerar dano moral. (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, Recurso Especial 1269246 RS 2011/0113658-0, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, 2014).

Neste viés, o enunciado de nº 159 da III Jornada de Direito Civil enuncia que, "O dano moral, assim compreendido todo dano extrapatrimonial, não se caracteriza quando há mero aborrecimento inerente a prejuízo material". Ou seja, o agravo material não configura o dano moral. Reafirmando o enunciado acima, a dignidade

precisa ser relevantemente atingida para ocorrer tal violação. Em se tratando de prejuízos, torna-se conveniente discutir a respeito do caráter pedagógico das indenizações. (Coordenador-Geral Ministro Ruy Rosado de Aguiar, III Jornada de Direito Civil, enunciado 159).

Ao analisar os montantes de reparações por danos morais no Brasil, pode-se dizer que o caráter pedagógico, como forma de desestimular as violações, possui baixa eficácia, sobretudo à grandes empresas. Acredita-se existir no Brasil uma "indústria de danos morais", uma ideologia da qual as pessoas são incentivadas a buscar indenizações por razões banais. Em verdade, trata-se de uma tentativa de empresas esquivarem-se das reparações pecuniárias alegando que a sociedade procura enriquecer-se através dos seus atos ilícitos.

Cita-se o caso do "Café do McDonald's", ocorrido nos Estados Unidos, no qual uma senhora teria derramado um copo de café em seu colo e, devido à alta temperatura, provocou queimaduras em seu corpo. Em tese, a indenização resultou no valor de US$ 480.000,00, com o resultado total do julgamento em US$ 640.000,00. Em um caso envolvendo a mesma empresa, ocorrido no Brasil, após uma cliente escorregar no chão húmido e cair, a consumidora foi indenizada no valor de R$ 7.000,00.

Visto isso, entende-se que não existe um desestímulo aos atos ilícitos para evitar que as empresas cometam os mesmos erros. Indenizações que resultam em valores insignificantes, como ocorre no Brasil, não são capazes de barrar as atitudes ilícitas cometidas por empresas bilionárias. Como afirma os argumentos supracitados, os consumidores são partes vulneráveis dos negócios jurídicos e necessitam de dispositivos que garantem a sua proteção.

A ineficiência do caráter almejado permite que as empresas atuem com imprudência no atendimento e na prestação de serviços aos consumidores. Esse fenômeno resulta em interromper o progresso e a busca pela proteção a direitos inerentes aos cidadãos. Desta forma, impossibilita-se que a dignidade humana seja respeitada e concretizada.

O caráter pedagógico, portanto, somente produz efeito em pessoas físicas e jurídicas que não são capazes de arcar com as reparações. O efeito inexiste em pessoas de alta classe ou em grandes empresas, das quais permanecem violando direitos de outros e respondendo aos seus atos com ressarcimento de baixos valores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, diante dos fatos mencionados conclui-se que os danos morais configuram prejuízo tanto à pessoa física quanto jurídica. Ambas também podem ser agentes da violação e, quando tal violação ocorrer, deve-se por força da lei haver a devida indenização ao vitimado. Percebe-se que as indenizações presumidas devem ser cautelosamente analisadas devido ao fato de que nem toda ação ilícita gera um dano efetivo. Daí a necessidade, em certos casos, da comprovação real do prejuízo gerado a determinada pessoa lesionada moralmente.

Ainda, nota-se que há quem busque equivocadamente indenizações sem real necessidade, um uso errôneo do seu direito, o que acarreta a sobrecarga do Poder Judiciário. Em consequência disso, processos que realmente necessitam ser julgados prolongam-se no tempo devido à grande demanda. Logo, pessoas que deveriam ser ressarcidas permanecem à espera da apreciação do magistrado. Entretanto, isso não significa dizer que os cidadãos devam deixar de utilizar-se do seu direito, mas sim que saibam usá-los cientemente.

É importante ressaltar no que tange ao caráter pedagógico do pagamento das indenizações. Verifica-se que o Brasil não possui uma jurisprudência capaz de constranger a quem cometa violações dos direitos personalíssimos. Faz-se necessário, diante disso, significantes valores de indenizações para que se iniba a reincidência de prejuízos decorrentes da negligência ou imprudência (ou até mesmo da intenção) dos agentes causadores. Desta forma, através de um possível e eficaz caráter educativo, torna-se viável também um aspecto exemplificativo, ou seja, para que os demais componentes da sociedade absorvam e assumam a responsabilidade do respeito necessário aos direitos de outros.

A dignidade humana, fundamento da Constituição Federal, requer o atuar do Poder Legislativo para a instituição de dispositivos capazes de efetivar o pleno exercício desse direito. As violações necessitam com urgência serem interrompidas, é inaceitável que as pessoas, físicas e jurídicas, permaneçam cometendo atentados aos direitos alheios, mesmo havendo a consciência geral da ilegalidade desses atos.

Conclui-se, portanto, que a moral é um direito inviolável inerente ao ser humano que permite e colabora, quando respeitado, na concretização da dignidade humana. É necessário ainda o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico no intuito de fortalecer a garantia e a efetividade desse direito. Desta forma, o Estado e sociedade objetivando os mesmos fins, torna-se possível um progresso harmônico, sensato e necessário no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. **Lex**: leis constitucionais da República Federativa do Brasil. Edição administrativa do texto constitucional. Brasília, 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - **Código Civil**. Vade Mecum tradicional. Obra coletiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 29ª ed São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - **Código de defesa do Consumidor**. Obra coletiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 29ª ed São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula N.º 07. Processual Civil. Administrativo. Condenação injusta. Acusação equivocada. Danos morais. Dolo. Denunciação caluniosa. Análise do contexto fático-probatório. Vedação. **REsp: 969097**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia. Acessado em: maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Responsabilidade civil. Compra pela internet. Presente de natal. Não entrega da mercadoria. Violação a direito de personalidade não comprovada no caso concreto. Danos morais indevidos. **REsp: 139993**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia. Acesso em: maio de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Responsabilidade civil. Agravo regimental. Atraso em voo doméstico não significativo, inferior a oito horas, e sem a ocorrência de consequências graves. Companhia aérea que forneceu alternativas razoáveis para a

resolução do impasse. dano moral não configurado. **REsp: 1269246**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia. Acessado em: maio de 2020.

BRAIL. Superior Tribunal de Justiça. **STJ define em quais situações o dano moral pode ser presumido**. Jusbrasil. 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/. Acesso em: maio de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso especial. Inclusão indevida de nomes de médicos em guia orientador de plano de saúde. Dever de indenizar. Dano à imagem. Pedido de majoração alegativa de nulidade de acórdão. Impossibilidade de majoração do quantum indenizatório. Valor fixado razoavelmente. Ausência de afronta aos artigos 159, do CC/1916 e 186 e 927 do NCC. Recurso especial de Celso Murad e outros não-conhecido e recurso especial de gestão em saúde LTDA. Não-provido. **REsp 1020936 ES 2008/0001128-3.** Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18394655/>. Acessado em: agosto de 2020.

BRASIL. **Jornada de Direito Civil**. Obra coletiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 29. ed São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*, Editora Revista dos Tribunais, SP, 1998, 2ª edição.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso Direito Civil Brasileiro** - Responsabilidade Civil - Vol. 7 - 17ª Ed. São Paulo, 2010.

ESPINDOLA, Gustavo Carvalho. **Indústria do dano moral? Realmente existe?** Jusbrasil. 2020. Disponível em: <https://advgustavoespindola.jusbrasil.com.br/artigos>. Acessado em: maio de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico**. 24. edição. Editora Rideel. 2019.

MELO, Nehemias Domingos de. Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PINA, Vinícius Rodrigues. **Conceito doutrinário e jurisprudencial sobre dano moral** e requisitos necessários para a sua ocorrência. Jus.com.br. 2015. Disponível em: https://jus.com.br/artigos. Acesso em: maio de 2020.

VASCONCELOS, Derberth Paula de**. Danos Morais**: conceito e evolução histórica. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos . Acesso em: maio de 2020.

16
DANO MORAL COLETIVO: um novo passo na tutela dos direitos individuais homogêneos e direitos coletivos *stricto sensu*

Paula Ongaratto Trentin[1]
Gilmar Bianchi[2]

RESUMO: Os danos morais coletivos decorrem da lesão a um direito individual homogêneo ou a um direito coletivo *stricto sensu*. Fundamenta-se a pesquisa ante a relevância que os danos coletivos vêm tomando na sociedade massificada atual. Primeiramente, busca-se caracterizar e diferenciar os principais danos coletivos, quais sejam o dano ecológico ou ambiental, o dano atômico, o dano social ou difuso, e, por fim, o dano moral coletivo, verificando-se a sutil distinção entre os dois últimos, bem como a confusão doutrinária e jurisprudencial recorrente. Em seguida, procede-se à uma breve investigação histórica do dano moral, perpassando pelos principais diplomas legais brasileiros, para, posteriormente, diferenciar-se o dano moral individual do coletivo. Por fim, passa-se a averiguar a ação adequada para reparação do dano moral coletivo, bem como seus legitimados ativos, momento em que se verifica a inexistência de regulamentação específica, o que dá ensejo à aplicação do microssistema processual coletivo e, em especial, da Lei da Ação Civil Pública. Ato contínuo, procede-se à análise da natureza jurídica da reparação patrimonial oriunda da ação indenizatória, sendo fixado o entendimento de que essa é *sui generis* ante a mescla de aspectos das responsabilidades civil e penal. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo.

Palavras-chave: Danos coletivos. Dano moral. Natureza jurídica da indenização. Ação Civil Pública.

---

[1] Graduanda em Ciências Sociais e Jurídicas; oitavo semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim; paula_trentin@hotmail.com.
[1] Professor Mestre; graduado pela UPF, especialista pela UFSM, mestre pela UFSC; gilmar.bianchi@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma reflexão sobre um novíssimo instituto no direito brasileiro, o dano moral coletivo. Justifica-se a realização da pesquisa ante a necessidade latente de maior produção doutrinária acerca do tema, bem como pela relevância que esse tem no meio social, considerando que visa a possibilitar o reconhecimento e a reparação de danos extrapatrimoniais à coletividade infligida.

Em um primeiro momento, realizar-se-á uma análise dos danos coletivos, apontando-se e caracterizando-se os principais, quais sejam: o dano ecológico ou ambiental, o dano social ou difuso, o dano atômico e o dano moral coletivo. Tal análise faz-se necessária para delimitação do âmbito no qual está inserido o dano moral coletivo, evitando-se assim a ambiguidade conceitual.

Posteriormente, far-se-á uma investigação histórica do dano moral, a fim de estabelecer os principais antecedentes legais que culminaram na sua plena admissão, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Em seguida, proceder-se-á à comparação entre os institutos do dano moral individual e coletivo, assinalando-se as similitudes e divergências, bem como a impropriedade da denominação dano moral coletivo.

Ao fim, adentra-se na problemática que emerge no cenário atual, envolvendo as ações adequadas para reparação do dano moral coletivo, os legitimados para intentá-las, bem como a natureza da reparação patrimonial oriunda dessas ações, com o fito de verificar a efetividade do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, haja vista a inexistência de uma premissa geral sobre a temática, sendo esta formulada a partir das circunstâncias que se analisa. Destaca-se que os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros, artigos, a legislação e a jurisprudência brasileiras.

1. Danos coletivos, conceituação e características

Concomitantemente ao surgimento dos direitos coletivos *lato sensu*, surge a possibilidade de reconhecimento da ocorrência de danos coletivos. Tal espécime de dano pode apresentar-se em diversas formas: por meio de dano a toda coletividade, a indivíduos pertencentes à determinada comunidade ou, ainda, a uma pessoa jurídica, desde que haja reflexo em seus componentes (PEREIRA, 2016).

Nota-se que, atualmente, a doutrina classificou o dano coletivo em quatro grandes grupos: o dano ecológico ou ambiental, o dano atômico, o dano social ou difuso e o dano moral coletivo, cada qual com suas peculiaridades, visando a permitir uma melhor tutela dos direitos coletivos (PEREIRA, 2016).

O dano ecológico ou ambiental caracteriza-se com a verificação da poluição ambiental, sendo esta conceituada por Caio Mário da Silva Pereira (2016, p. 63) como:

> (..) a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; ou criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; ou, ainda, afetem as condições vitais, estéticas ou sanitárias do meio ambiente; ou, finalmente, lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.

Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 garante a proteção ao meio ambiente e ao equilíbrio ecológico, ao passo que o Código Civil de 2002, no direito de vizinhança, proíbe o mau uso da propriedade. Assim, verifica-se que há possibilidade

da verificação de dano tanto no plano individual quanto no coletivo, podendo haver coexistência de ambos. Nesse caso, o indivíduo terá legitimidade ativa para pleitear a reparação do dano individualmente sofrido, somente podendo o Ministério Público, ou outro órgão dotado da devida representatividade, pleitear a reparação dos danos coletivos (PEREIRA, 2016).

O dano atômico, por sua vez, caracteriza-se com a poluição gerada por material radioativo, podendo o dano dar-se por meio de vazamento desse material, por acidentes nucleares, pela má utilização dos compostos, dentre outras formas. Salienta-se que tal espécie de dano coletivo surgiu após o acidente na usina nuclear de Chernobyl, em abril de 1986, na região norte da Ucrânia Soviética, que causou a contaminação radioativa a pessoas, animais e alimentos a centenas de quilômetros de distância. Desde então, observou-se que os danos gerados não foram em sua totalidade previstos (PEREIRA, 2016).

Assim, fez-se necessária a admissão da reparação do denominado dano futuro, ou seja, o dano não aferível no presente, desde que se apresente elementos que comprovem, com relativa certeza, que o evento danoso irá ocorrer. Nota-se que os Estados Unidos adotaram uma fórmula para verificar a existência do dano futuro, determinando que o demandante demonstre, em 51%, que o encadeamento das causas deu ensejo ao surgimento do dano, dispensando-se assim a verificação de um nexo de causalidade hígido (PEREIRA, 2016).

O denominado dano social ou difuso caracteriza-se com a violação dos direitos difusos, que possuem caráter transindividual, natureza indivisível e dos quais são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias meramente fáticas. Tratam-se de comportamentos exemplares negativos que lesam a sociedade em sua dignidade, provocando o rebaixamento do patrimônio moral ou a diminuição da qualidade de vida dos indivíduos. Assim, vê-se que os direitos da personalidade são estendidos para além do indivíduo, visando dar guarida aos valores, à dignidade, à honra e à imagem da sociedade (TARTUCE, 2018).

Percebe-se que esses valores estão estampados na Constituição Federal (artigo 1º, inciso III), no Código Civil (artigos 12 e 20), bem como no Enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil, devendo ser reparados em caso de lesão, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso IV). Destaca-se que os danos gerados poderão ser tanto de caráter material quanto moral, podendo um único comportamento reprovável causar ambos (TARTUCE, 2018).

Em razão da indeterminação dos sujeitos lesados, vez que se trata de dano à direito difuso, é impossível a liquidação do dano pelos indivíduos ou o intento de ação reparatória por esses (TARTUCE, 2018). Cabe ao Ministério Público ou aos demais órgãos dotados da devida representatividade intentar ação para reparação dos danos ocasionados, sendo que, em caso de condenação pecuniária, o montante será destinado para um fundo, revertendo-se o numerário em favor dos prejudicados, mesmo que de forma indireta, conforme decidiu o Tribunal Justiça do Rio Grande do Sul no julgamento do Recurso Cível 71001281054 (PEREIRA, 2013).

Por fim, o dano moral coletivo caracteriza-se pela lesão a um direito coletivo *stricto sensu* ou a um direito individual homogêneo. Salienta-se que aqueles possuem caráter transindividual, à semelhança dos diretos difusos, todavia, seus titulares são um grupo, classe ou categoria de pessoas que possuem ligação entre si, ou com a parte contrária, por meio de uma relação jurídica anterior à lesão sofrida; enquanto estes surgem de uma ameaça ou de uma lesão a direito que atinge inúmeros indivíduos, formando-se uma relação jurídica entre as partes após a ocorrência do fato. Destarte, repara-se que apenas configurar-se-á o dano moral coletivo quando houver a

determinação ou a possibilidade de determinar os indivíduos lesados (TARTUCE, 2018).

O dano moral coletivo trata-se, na concepção de Carlos Alberto Bittar Filho (2018, *apud* TARTUCE), de uma "violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos", ou seja, uma lesão juridicamente injusta à esfera moral de uma determinada sociedade. Ressalta-se que para a configuração do dano faz-se prescindível a verificação de culpa, sendo o agente responsabilizado pela ação lesiva, caracterizando assim como modalidade de *dano in re ipsa* (TARTUCE, 2018), ou seja, presumido.

Ademais, cabe evidenciar que o Código de Defesa do Consumidor (artigo 6º, inciso VI) prescreve a possibilidade de reparação desta espécie de dano coletivo, que, diversamente do dano social ou difuso, tem a condenação pecuniária revertida em favor dos sujeitos lesados, os quais deverão promover a liquidação do provimento coletivo de forma individual (TARTUCE, 2018).

2. Danos morais individuais e coletivos, origem histórica e características

O dano moral surgiu com a teoria geral da reparação, por doutrinadores franceses e, posteriormente, foi incorporado ao ordenamento jurídico francês. No Brasil, o Código Civil de 1916 já trazia algumas disposições acerca da reparação desse dano, nos artigos 1.538, parágrafo 2º, e 1.550, todavia, a doutrina e a jurisprudência majoritárias rechaçavam a possibilidade de configuração do dano moral ante a inexistência de uma cláusula geral no referido Código (PEREIRA, 2016).

Posteriormente, o Anteprojeto de Código das Obrigações de 1965, previu, de forma expressa, no artigo 855, a possibilidade de reparação do dano exclusivamente moral, entretanto, esse diploma nunca chegou a entrar em vigor. Em seguida, em 1975, o Projeto de Código Civil, nos artigos 988 e 990, consagrou as hipóteses de reparação dos danos morais já previstas anteriormente no Código Civil de 1916, contudo, também não chegou a entrar em vigor (PEREIRA, 2016).

Logo após, em 1988, com o advento da Constituição Federal o dano moral foi incluído no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inciso X), na forma de cláusula pétrea, declarando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem dos indivíduos, assegurando indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação. Sem demora, em 1990, surgiu o Código de Defesa do Consumidor, o qual previu no artigo 6º, inciso VI, a prevenção e a reparação dos danos patrimoniais e morais, sejam eles individuais ou coletivos *lato sensu* (PEREIRA, 2016).

Por fim, o Código Civil de 2002 aboliu a celeuma que até então subsistia ao dispor, no artigo 186, a cláusula genérica admitindo a reparação do dano, ainda que exclusivamente moral. Ademais, manteve as disposições específicas nos crimes contra a honra constantes no Código Civil de 1916, agora nos artigos 953 e 954 (PEREIRA, 2016).

Assentada a possibilidade de configuração e de reparação do dano moral passa-se à análise conceitual desse instituto.

Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 389) caracteriza o dano moral individual como:

> [...] 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, a intimidade, a imagem, o bom nome etc., como se infere dos arts. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

Nota-se que o dano moral individual não se caracteriza tão somente com a demonstração da dor do indivíduo, é preciso que ocorra um evento que lese ou prive a vítima de um bem jurídico sobre qual possui interesse jurídico. Ademais, ressalta-se que em alguns casos não haverá configuração de danos morais, mesmo que presentes os elementos acima indicados, uma vez que alguns percalços são comuns e inerentes à sociedade massificada, não se confundindo o dano moral com meros dissabores (GONÇALVES, 2018).

O dano moral coletivo, por sua vez, na concepção de Enoque Ribeiro dos Santos (2011, p. 13):

> [...] pode ser verificado em qualquer abalo no patrimônio moral de uma coletividade, a merecer algum tipo de reparação à violação a direitos difusos, coletivos ou eventualmente direitos individuais homogêneos, tendo surgido em face dos novos interesses e direitos da sociedade moderna de massa, que exige uma efetiva tutela jurídica a direitos moleculares.

Todavia, nota-se que há uma impropriedade nessa conceituação, uma vez que o dano moral coletivo se presta tão somente à tutela dos direitos individuais homogêneos e coletivos *stricto sensu*, caracterizando-se o dano social ou difuso no caso de lesão a direito difuso (BESSA, 2017).

Ademais, há que se destacar a inexatidão da própria denominação dano moral coletivo, uma vez que esse prescinde da demonstração de abalo psíquico profundo da sociedade em razão da ação lesiva, configurando-se com o mero ato do agente, sendo assim espécie de dano *in re ipsa*. Nesse diapasão, Leonardo Roscoe Bessa defende a nomenclatura dano extrapatrimonial como mais adequada (2017, p. 221):

> O dano extrapatrimonial, na área de direitos metaindividuais, decorre da lesão em si a tais interesses, independentemente de afetação paralela de patrimônio ou de higidez psicofísica. A noção se aproxima da ofensa ao bem jurídico do direito penal que, invariavelmente, dispensa resultado naturalístico (...) o dano extrapatrimonial não se confunde com o dano moral. Em que pese a redação dos dispositivos legais, que aludem a dano moral coletivo, mais preciso seria falar em dano extrapatrimonial.

Nesse aspecto acentua-se a diferença entre os danos morais individuais e coletivos. Este se presta à tutela de direitos coletivos por meio das denominadas ações moleculares, sendo inexigível a demonstração de abalo psíquico dos indivíduos que compõem aquela sociedade, bastando a violação dos valores fundamentais por ela compartilhados. Aquele, por sua vez, proporciona a tutela de direitos individuais por meio das ações atomizadas, sendo necessária a demonstração da dor e do sofrimento pessoal, bem como que esses não se tratam de meros dissabores cotidianos (SANTOS, 2011).

Outrossim, observa-se que o dano moral individual resta plenamente admitido, porquanto expresso na Constituição Federal de 1988, por outro lado, ainda resta controvertida a admissibilidade do dano moral coletivo, em virtude de sua origem recente, bem como da existência de esparsas previsões legais no microssistema coletivo (SANTOS, 2011).

Observa-se tal dissentimento acerca da configuração do dano moral coletivo tanto na doutrina pátria quanto no Superior Tribunal de Justiça, mesmo após anos de discussões, (THEODORO JÚNIOR, 2016). Para a Primeira Turma há uma necessária vinculação do dano moral a uma pessoa, não podendo dela apartar-se, porquanto, somente configura-se o dano com o sofrimento psíquico do indivíduo, não havendo possibilidade de indeterminação do sujeito passivo, conforme exposto no Recurso

Especial 598.281/MG. A Terceira Turma, por sua vez, reconheceu a configuração do dano moral coletivo no julgamento do Recurso Especial 8666.636/SP, no caso das "pílulas de farinha", assim como a Segunda Turma, no julgamento do Recurso Especial 1.057.274/RS. Para ambas o dano moral coletivo prescinde da demonstração de abalo psicológico, sendo exigível apenas a comprovação da presença de prejuízo à imagem e à moral coletivas.

Anderson Schreiber (2015, p. 89), aponta que tal divergência mostra-se ultrapassada, conforme excerto abaixo colacionado.

> A controvérsia parece, à luz da legislação brasileira, injustificada. A Constituição de 1988 reserva expressa proteção a diversos interesses que transcendem a esfera individual. A tutela do meio ambiente, da moralidade administrativa, do patrimônio histórico e cultural são apenas alguns exemplos de interesses cuja titularidade não recai sobre um indivíduo, mas sobre uma dada coletividade ou sobre a sociedade como um todo. Se a ordem jurídica se dispõe a tutelar tais interesses, é evidente que a sua violação não pode ser tolerada, sob pena de tornar inútil o comando normativo.

Nesse toar, verifica-se não restar dúvida acerca do reconhecimento da tutela dos direitos supraindividuais no ordenamento jurídico brasileiro, que lesados podem resultar em danos sociais ou morais coletivos, que deverão ser reparados (SCHREIBER, 2015).

> Assim, embora o nome "dano moral coletivo" não seja o melhor (o dano extrapatrimonial supraindividual pode derivar da lesão a interesse coletivo, mas também da lesão a interesse difuso), não há base normativa para resistir à ideia central do instituto, francamente albergada pela Constituição e pela legislação infraconstitucional. Os obstáculos que lhe são impostos são obstáculos de construção dogmática, influenciada pela visão individualista do dano e, consequentemente, do dano moral. Mesmo que a noção de dano moral não admitisse, como se alega, dimensão coletiva – o que, de resto, não é verdade –, a melhor solução seria rever o conceito de dano moral, e não negar guarida à pretensão de reparação de lesões a interesses coletivos ou difusos (SCHREIBER, 2015, p. 90).

Revela-se, assim, preferível a mudança de institutos tradicionais a negar acolhida ao dano moral coletivo, pois esse decorre de uma lesão a toda a sociedade, que não pode passar *in albis*.

Como se vê, a doutrina, diante da falta de normatização específica à indenização de dano moral causado a uma comunidade ou a uma coletividade difusa, sugere a revisão do conceito de dano moral individual, ou seja, abrangendo a sociedade e não somente a uma determinada pessoa.

3. Reparação dos danos morais coletivos, legitimidade e natureza jurídica

O Brasil passou a permitir a tutela de direitos coletivos a partir do advento da Lei da Ação Popular, em 1965. Posteriormente, ampliou o rol de direitos resguardados com a Lei da Ação Civil Pública (1985) e com o Código de Defesa do Consumidor (1990) (SCHREIBER, 2015). A partir de então, formou-se o microssistema processual coletivo, composto de normas instrumentais que dão novo caráter ao Código de Processo Civil, permitindo a adaptação dos institutos ante a inexistência de um Código de Processo Coletivo.

Nesse sentido, Anderson Schreiber (2015, p. 88), aponta que, em que pese os óbices à efetivação da reparação dos danos morais coletivos, ante a inexistência de legislação material e processual específica, há de se propor ações coletivas para tutelar esses direitos.

> [...] há muito, constata que as ações coletivas não apenas superam a dificuldade de acesso individual à Justiça, mas também asseguram a plena compreensão da demanda e uma decisão coerente (porque unitária) para todas as vítimas, poupando esforços e custos desnecessários às partes e ao poder público. Tais benefícios são, por óbvio, muito bem-vindos em sociedades em que o recurso ao Poder Judiciário ainda consiste em atitude incomum para a maior parcela da população. Não são dispensáveis, todavia, nem mesmo naquelas sociedades marcadas por uma cultura da ampla defesa judicial dos direitos, como ocorre nos Estados Unidos, cujo modelo bem-sucedido das *class actions* serviu, em larga medida, de inspiração ao legislador brasileiro.

Apesar dessa inquietação sobre a questão do instrumento judicial adequado para a reparação por danos morais coletivos, observa-se que, majoritariamente, se resolve com a propositura de ações civis públicas.

Dessa forma, com base no artigo 5º da Lei n. 7.347/85, têm legitimidade ativa o Ministério Público, a Defensoria Pública, os órgãos da administração pública direta e indireta, e as associações com pelos menos um ano de funcionamento e objetivos afins com a proteção da ação civil pública.

Dentre os legitimados dá-se especial destaque para o Ministério Público e à Defensoria Pública, que dentre suas funções institucionais têm o encargo de promover ação civil pública para a proteção dos interesses coletivos e difusos, conforme disposto na Constituição Federal, nos artigos 129, inciso I e 134, respectivamente.

Superadas as questões do instrumento processual adequado para reparar os danos morais coletivos e dos legitimados para a sua propositura, passa-se à análise da natureza jurídica da reparação.

Em um primeiro momento faz-se necessário ressaltar que o dano moral coletivo, diversamente do dano moral individual, afasta-se de algumas premissas da responsabilidade civil, ao menos em sua base clássica, que assim se expressa:

> Afirma-se, tradicionalmente, que o objetivo da responsabilidade penal é punitivo, enquanto a função da responsabilidade civil seria meramente indenizatória. Além disso, no primeiro caso, tutela-se interesse público e no segundo interesse meramente privado (BESSA, 2017, p. 213).

Todavia, ressalta-se que a vertente moderna da responsabilidade civil admite que as funções punitivas e preventivas coexistam com a reparatória, como função principal do instituto. Assim, para a caracterização da função punitiva adota-se o termo sanção em sentido amplo, de modo a significar reação do ordenamento legal a um evento que lesar determinado bem jurídico, mesmo resultando exclusivamente em condenação à indenização no valor do dano, pois presente estaria a função sancionatória (BESSA, 2017).

Destaca-se que a concepção acima exposta é adotada na fixação da indenização por dano moral individual, que possui dupla finalidade: indenizatória e punitiva. O valor arbitrado pelo juiz deve compensar o abalo psicofísico sofrido pelo indivíduo, bem como desestimular o ofensor à prática de ações lesivas, levando em conta para tanto sua condição econômica (BESSA, 2017).

Nesse ínterim, vê-se que mesmo analisando o dano moral coletivo estritamente sob a ótica da responsabilidade civil é inegável a função punitiva da indenização. Soma-

se a ela a função preventiva, assim, de modo conjunto, realizam a prevenção geral e especial, tipicamente penais, uma vez que ao obrigar o agente a reparar o dano, busca-se coibir que ele, bem como os demais indivíduos da sociedade, torne a praticar a conduta lesiva. De tal modo, verifica-se uma tendência dos tribunais pátrios adotarem punições exemplares em ações civis públicas visando a reprimir os constantes danos aos direitos transindividuais (BESSA, 2017).

Sob esse ângulo, observa-se que os direitos coletivos possuem natureza jurídica *sui generis*, visto que mesclam características da responsabilidade civil, abrangendo a função reparatória e a sancionatória, e a da responsabilidade penal, qual seja a função preventiva geral e especial. Nesse sentido, Leonardo Roscoe Bessa (2017, p. 216):

> A conclusão, em síntese, é que, por ausência da sedimentação, no campo do direito material, de modelo teórico próprio, o entendimento acerca do dano moral coletivo decorre de enfoque multifacetado e, no que diz respeito à finalidade punitiva, tanto sob uma perspectiva civil como penal, é possível considerar a presença de tal caráter sancionatório.

Dessarte, verifica-se que a ação civil pública é o meio mais adequado para efetivar a reparação dos danos morais coletivos, uma vez que seus legitimados ativos possuem representatividade ímpar, com destaque para o Ministério Público, que vêm liderando a propositura dessas ações. Outrossim, destaca-se a atuação do Judiciário brasileiro, que, contrariando a doutrina tradicional, vem reconhecendo a configuração do dano moral coletivo, e aplicando sanções de caráter misto, visto que abrangem tanto aspectos civis quanto penais, sempre primando pela adequada tutela da coletividade.

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada infere-se que o dano moral coletivo, apesar da divergência apontada entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, resta configurado no ordenamento jurídico brasileiro, tanto nas normas de direito material, constitucionais e infraconstitucionais, quanto nas normas de direito instrumental que formam o microssistema processual coletivo. Destaca-se que a ausência de regulamentação específica não impede seu reconhecimento, posto que a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro autoriza o uso da analogia e dos princípios gerais do direito.

Também cabe enfatizar a impropriedade da nomenclatura adotada no direito brasileiro, uma vez que, conforme apontado ao longo da pesquisa o dano moral coletivo diverge em aspectos substanciais do dano moral individual, em especial em seus elementos essenciais. Assim, verificou-se ser mais adequada a denominação de dano extrapatrimonial, pois expressa que o direito atingido é de natureza transindividual, bem como que a sua configuração independe de comprovação de sofrimento psíquico da sociedade.

Nessa senda, também se diferenciou o dano moral coletivo dos demais danos coletivos, quais sejam o ecológico ou ambiental, o atômico e o social ou difuso. Mostra-se extremamente relevante a última distinção ante a proximidade dos institutos, bem como sua equiparação por alguns doutrinadores e até mesmo pela jurisprudência. Todavia, conforme exposto, cada espécie de dano caracteriza-se com a lesão a uma espécie determinada dos direitos coletivos *lato sensu*, sendo imprópria a miscelânea comumente realizada.

Todavia, mesmo com a superação dos entraves acima arrazoados, ainda restam pendentes diversas questões eminentemente processuais e também doutrinárias. A inexistência de dispositivo legal determinando o remédio jurídico cabível para buscar a reparação do dano moral coletivo, apontando os legitimados para sua propositura,

exige dos operadores do direito que utilizem de meios hermenêuticos para possibilitar a efetiva reparação desse dano. Acrescenta-se, ainda, a incerteza que paira sobre a natureza jurídica da pretensa reparação pecuniária, que ao mesclar elementos civis e penais, doutrinariamente apenas é considerada como *sui generis*, sem enfrentar maiores debates teóricos que efetivamente busquem o âmago do instituto e o analisem com a merecida minudência.

Por fim, visando à anteposição dessas barreiras, é preciso que o legislador regulamente os danos morais coletivos, fixando normas de direito substantivo e instrumental. Além disso, são necessários maiores estudos e produções doutrinárias acerca do instituto, a fim de melhor delimitá-lo, e, igualmente, possibilitar sua plena aplicabilidade enquanto não advém uma normatização específica e adequada.

REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. Dano moral coletivo. **Congresso Internacional de Direito Ambiental**: meio ambiente e acesso à justiça. São Paulo, 2017. Disponível em: http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140212143226_5200.pdf#page=200. Acesso em: jan. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Ricardo Diego Nunes. Os novos danos: danos morais coletivos, danos sociais e danos por perda de uma chance. **EJUSE.** n. 18. Sergipe, 2013. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/16044618.pdf. Acesso em: jan. 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Direito da personalidade de dano moral coletivo. **TRT**. a. 26. n. 66. Curitiba, 2011. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/97939/2011_santos_enoque_direito_personalidade.pdf?sequence=1. Acesso em: jan. 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil:** da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: direito das obrigações e responsabilidade civil. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

17

DIREITO AMBIENTAL: constitucionalização e Estado de Direito Ambiental

Paula Ongaratto Trentin[1]
Gilmar Bianchi[2]

RESUMO: Trata-se o direito ambiental como um sistema de normas e princípios que visa regular e salvaguardar os ambientes naturais e os construídos ou artificiais. Em um primeiro momento, busca-se apresentar a evolução histórica do direito ambiental, destacando-se seu conceito e as disposições constitucionais. Em seguida, realiza-se a catalogação dos princípios basilares do direito ambiental, conceituando-se e destacando-se sua função interpretativa e norteadora. Por fim, passa-se a averiguar a constitucionalização do direito ambiental e a ecologização do direito constitucional, bem como a formação da ordem pública ambiental constitucionalizada que dá ensejo à mudança na análise legislativa brasileira. Momento em que se verifica que o Brasil se encontra em cenário longínquo do utópico Estado de Direito Ambiental, porquanto ainda adota conceitos clássicos de soberania e a visão antropocêntrica, diversa do biocentrismo exigido para sua configuração, em que pese tenham se verificado notáveis avanços legislativos após 1988. Nota-se a relevância da pesquisa nesse ponto, uma vez que a tutela do patrimônio ambiental deve deixar de ser vista tão somente como instrumento para a sobrevivência humana, mas também como sujeito de direito autônomo. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros e a legislação brasileira.

Palavras-chave: Antropocentrismo. Biocentrismo. Constitucionalização. Estado de Direito Ambiental.

---

[1] Graduanda em Ciências Sociais e Jurídicas; oitavo semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Erechim; paula_trentin@hotmail.com.
[1] Professor Mestre; graduado pela UPF, especialista pela UFSM, mestre pela UFSC; gilmar.bianchi@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre o direito ambiental e a Constituição de 1988. Justifica-se a realização da pesquisa ante a relevância que esse ramo do direito tem no meio social, principalmente em decorrência de sua constitucionalização, uma vez que tutela a vida sadia, digna e de qualidade por meio da salvaguarda do patrimônio ambiental. Ademais, fundamenta-se na necessidade de mudança na ótica com que é vista a natureza, ante a imprescindibilidade de considerar-se essa como sujeito de direito.

Em um primeiro momento, apresentar-se-á a evolução do direito ambiental, destacando-se os marcos legais brasileiros, bem como o conceito de direito ambiental. Em seguida, realizar-se-á uma breve análise das disposições constitucionais acerca do tema, com ênfase na Constituição de 1988 e no artigo 225, a fim de averiguar as mudanças que o texto constitucional realizou na ordem jurídica brasileira.

Posteriormente, elencar-se-á os princípios basilares do direito ambiental, conceituando-os e demonstrando sua influência na feitura e na interpretação das normas. Igualmente, identificar-se-á princípios constitucionais que sofreram mutação em razão da constitucionalização do direito ambiental, à exemplo da função social da propriedade.

Ao fim, apresentar-se-á uma problemática que emerge no cenário atual, qual seja a constitucionalização do direito ambiental e a ecologização da Constituição, que dão ensejo à formação da ordem pública ambiental constitucionalizada. Nesse ponto, também averiguar-se-á a formação de um possível Estado de Direito Ambiental e a adoção da visão biocêntrica.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros e a legislação brasileira.

4. Conceituação, evolução legislativa e previsões constitucionais do direito ambiental brasileiro

O pensamento ambientalista nasce em 1962 com o livro A Primavera Silenciosa, todavia, o direito ambiental propriamente dito somente surge como disciplina autônoma a partir da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano em 1972. Desde então se firmou na doutrina brasileira um novo direito, que objetiva a tutela dos elementos bióticos e abióticos da natureza, bem como os fatores físicos, químicos e biológicos que os afetassem (FIGUEIREDO, 2011).

Trata-se, portanto, o direito ambiental como um sistema de normas e princípios que visa regular e salvaguardar os ambientes naturais e os ambientes construídos ou artificiais. Por conseguinte, em uma acepção mais moderna, nota-se que o direito ambiental deixou de tutelar tão somente o meio ambiente, passando a resguardar também o patrimônio cultural e a sadia qualidade de vida da população (FIGUEIREDO, 2011).

Paulo Affonso Leme Machado (2014, p. 58-59) destaca:

> O Direito Ambiental é um Direito sistematizador, que faz a articulação da doutrina e da jurisprudência concernentes aos elementos que integram o ambiente. Procura evitar o isolamento dos temas ambientais e sua abordagem antagônica. Não se trata mais de construir um Direito das águas, um Direito da atmosfera, um Direito do solo, um Direito florestal, um Direito da fauna ou um Direito da biodiversidade. O Direto Ambiental não ignora o que cada matéria tem de específico, mas busca interligar estes temas com a argamassa

> da identidade dos instrumentos jurídicos de prevenção e de reparação, de informação, de monitoramento e de participação.

Nesse toar, vê-se que o direito ambiental também possui a função sistematizadora, uma vez que passou a reunir em um único ramo as disciplinas afins que até então se encontravam esparsas no ordenamento jurídico (MACHADO, 2014).

Ressalta-se que para atingir essa visão protecionista foi percorrido um longo caminho legislativo. Em um primeiro momento, o Brasil foi regido pelas Ordenações Afonsinas, a qual era ambientalmente evoluída para a época, posteriormente, no século XVII houve a edição da primeira legislação brasileira sobre a matéria, o Regimento Pau Brasil. Todavia, destaca-se que essas normas eram voltadas tão somente para o protecionismo econômico, não havendo caráter protecionista ambiental algum (FIGUEIREDO, 2011).

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2013, p. 38):

> Por muito tempo predominou a desproteção total, de sorte que norma alguma coibia a devastação das florestas, o esgotamento das terras, pela ameaça de desequilíbrio ecológico. A concepção privatista do direito de propriedade constituía forte barreira à atuação do Poder Público na proteção do meio ambiente, que necessariamente haveria e haverá de importar em limitar aquele direito e a iniciativa privada.

Tão somente em 1916, com o Código Civil, nos artigos 554 e 584, surgiram as primeiras normas protecionistas, entretanto, essas possuíam incidência muito restrita. Posteriormente, surgiram diversos diplomas legais que, pouco a pouco, ampliaram a tutela do meio ambiente no direito brasileiro, dentre eles cabe destacar: o Regulamento da Saúde Pública (Decreto 16.300/23), os Códigos Florestais (Decreto 23.793/34 e Lei 12.561/12), o Código de Águas (Decreto 24.643/34), o Código de Pesca (Decreto-lei 794/38), a Política Nacional de Saneamento Básico (Decreto-lei 248/67 e Lei 5.318/67), o Conselho Nacional de Controle da Poluição Ambiental/Conselho Nacional de Saneamento Básico (Decreto-lei 303/67 e Lei 5.318/67), a Secretaria Especial do Meio Ambiente (Decreto 70.030/73), os Decretos-lei 1.413/75 e 76.389/75, o Código Penal de 1940 (art. 271), a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), a Lei 6.902/81 e a Lei 7.661/88 (SILVA, 2013).

Não obstante, ainda não haviam normas constitucionais que regulamentassem, de forma ampla e geral a matéria, de modo a dar maior efetividade ao direito ambiental, conforme expressa José Afonso da Silva (2013, p. 43):

> Faltavam até então, normas constitucionais que fundamentassem uma visão global da questão ambiental, que propende para a proteção do patrimônio ambiental globalmente considerado em todas as suas manifestações, em face da atuação conjunta dos fatores desagregantes de todos os objetos (águas, ar, solo e sossego) da tutela.

Nota-se que a Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional de 1969 era praticamente silente sobre a questão, trazendo tão somente dois dispositivos legais correlacionados, o artigo 160, inciso III e o inciso 172. Todavia, ambos visavam à proteção da saúde, sendo a ambiental mero reflexo (FIGUEIREDO, 2011).

A efetiva proteção do patrimônio ambiental ocorreu, no nível constitucional, com o advento da Constituição de 1988 que abraçou de forma definitiva uma visão holística e autônoma do direito ambiental. Assim, abandonou-se a acepção essencialmente liberal que permeava as constituições anteriores para adotar-se uma

concepção social que privilegia a coletividade e seu bem-estar em detrimento do sistema econômico. Nessa senda, Aragão *et al* (2014, p. 112), prelecionam que "na verdade, saltou-se do estágio da miserabilidade ecológico-constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológico-constitucional".

Tal apelido mostra-se devido, pois a Constituição de 1988 inaugurou um capítulo tratando especificamente da tutela do meio ambiente. Nota-se que tal capítulo é composto de apenas um artigo, entretanto, essa concisão normativa não impediu que a proteção ambiental fosse minorada, pelo contrário, em linhas gerais, garantiu-se à coletividade o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deixando para a legislação infraconstitucional a tarefa de regulamentar de forma minuciosa às medidas necessárias para garantia desse direito (THOMÉ, 2019).

Verifica-se da leitura do *caput* do artigo 225 que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito de todos, ou seja, trata-se de um direito difuso de terceira geração. A classificação de direito difuso advém das características da prescrição do artigo, uma vez que se cuida de direito transindividual, de natureza indivisível, dos quais são titulares pessoas indeterminadas ligadas por uma situação fática. A caracterização de direito de terceira geração, ou dimensão, por sua vez, provêm de sua afinidade com os direitos de fraternidade ou solidariedade, uma vez que extrapola a esfera individual e destina-se a todo o gênero humano, transpassando até mesmo as fronteiras estatais (THOMÉ, 2019).

Ademais, também se verifica a caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem comum do povo, significa dizer que pode ser usufruído por todos em igualdade de condições, não havendo exigência de autorização individual outorgada pelo Poder Público. Todavia, tal uso deve observar a função social e a necessidade, cabendo ao Poder Público e à coletividade a defesa e a prevenção desse para as demais gerações, uma vez que se tratam de recursos por muitas vezes não renováveis (THOMÉ, 2019).

No parágrafo primeiro do artigo 225, estão previstas as obrigações ao Poder Público a fim de preservar o meio ambiente e prevenir danos ambientais. O inciso I do referido artigo busca preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais à vida, bem como promover a gestão da biodiversidade. O inciso II procura preservar a biodiversidade e manter o patrimônio genético íntegro, por meio da fiscalização das atividades que envolvam a mudança gênica. O inciso III visa à instituição de espaços territoriais protegidos em razão de suas propriedades ambientais, sendo assegurada a modificação tão somente por meio da edição de lei, bem como seu uso de forma sustentável. O inciso IV prevê a exigência de estudo prévio de impacto ambiental no caso de instalação de obra ou atividade que pode causar degradação intensa ao ambiente, bem como sua publicação, atendendo assim ao princípio da informação. O inciso V preconiza o princípio do limite, ao incumbir ao Poder Público o gerenciamento dos riscos de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, limitando assim a autonomia dos particulares. O inciso VI dispõe sobre a educação ambiental, tratando-a como ferramenta para a conscientização da coletividade acerca da necessidade de preservação. O inciso VII determina que o Poder Público preserve a fauna e a flora, por meio da proibição de atividades que as extingam, sejam cruéis ou interfiram gravemente em sua função ecológica (THOMÉ, 2019).

No parágrafo segundo do artigo supracitado, materializa-se o princípio do poluidor-pagador, consagrando-se a responsabilização objetiva do causador de danos ambientais, visando coibir sua ocorrência e minimizar os danos causados. No parágrafo terceiro, preceitua-se a tríplice reparação, abrangendo as esferas penal, administrativa e civil. Seguindo a leitura, o parágrafo 4º trata dos ecossistemas

considerados patrimônios nacionais, elencando a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira. Em seguida, o parágrafo quinto, cuida das terras devolutas necessárias à proteção dos ecossistemas naturais, consideradas bens públicos de uso especial, e, portanto, indisponíveis. O parágrafo sexto, por fim, trata das usinas que operam com reator nuclear, determinando-se que o local de sua instalação depende de lei federal, dificultando assim sua instalação e possibilitando maior controle governamental quando de sua instalação e posterior funcionamento (THOMÉ, 2019).

Evidencia-se, porém que a Constituição de 1988 não abordou o patrimônio ambiental somente no artigo acima analisado. O artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais, traz no inciso LXXIII a possibilidade do cidadão tutelar o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural mediante a propositura de ação popular. O artigo 20, por sua vez, dispõe que as terras devolutas essenciais à preservação do meio ambiente são bens da União (SILVA, 2013).

Os dispositivos constitucionais acerca das competências materiais ou administrativas e legislativas, também abrangem o meio ambiente, prescrevendo: no artigo 21 a competência material privativa da União e no artigo 23 a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; e no artigo 24 a competência legislativa concorrente dos referidos entes. Cabe citar, ainda, o artigo 91, parágrafo 1º, inciso III, que versa sobre a atribuição do Conselho de Defesa Nacional na defesa dos recursos naturais, bem como o artigo 129, inciso III, elenca dentre as funções do Ministério Público a promoção de inquérito civil ou ação civil pública para a proteção do meio ambiente (SILVA, 2013).

Observa-se que no artigo 170, inciso VI, a defesa do meio ambiente foi incluída nos princípios da ordem econômica, ressaltando-se a primazia do desenvolvimento sustentável. Destaca-se que a inobservância desse princípio dá ensejo à responsabilização da empresa e de seus dirigentes, conforme prevê o artigo 173, parágrafo 5º. Na mesma linha acentua-se o disposto no artigo 174, parágrafo 3º, que somente permite a atividade garimpeira com a devida proteção ambiental (SILVA, 2013).

Característica marcante da Constituição de 1988 é elencada no artigo 186, o qual determina que os recursos naturais disponíveis devem ser usados de forma adequada, e que o meio ambiente deve ser preservado a fim de que a propriedade rural cumpra sua função social (SILVA, 2013).

Mais ao fim, no artigo 200, inciso VIII, atribuísse ao SUS a colaboração na proteção do meio ambiente. No artigo 216, inciso V, elencasse os bens naturais integrantes do patrimônio cultural brasileiro. O artigo 220, parágrafo 3º, inciso II, traz a defesa do consumidor de propagandas, serviços e práticas que possam ser nocivas ao meio ambiente. Por fim, no artigo 231, parágrafo 1º, indicasse as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios, por eles ocupadas (SILVA, 2013).

Cabe ressaltar que além dos dispositivos constitucionais supra elencados existem diversas disposições, constantes na Constituição, que versam sobre o meio ambiente de forma implícita (SILVA, 2013).

5. Princípios basilares do direito ambiental

Na concepção de Romeu Thomé (2019, p. 55), os princípios de direito ambiental "têm como escopo fundamental orientar o desenvolvimento e a aplicação de políticas públicas que servem como instrumento fundamental de proteção ao meio ambiente e, consequentemente, à vida". Além desta função, verifica-se que os princípios possuem

uma função de ordenação das regras jurídicas, limitando e padronizando a ordem jurídica vigente, bem como orientado a formulação das normas supervenientes (THOMÉ, 2019).

Destaca-se que o direito ambiental não é regido apenas pelos seus princípios específicos, mas também pelos princípios gerais do direito e pelos princípios constitucionais. Também cabe destacar que os princípios administrativos haverão de coexistir com os princípios ambientais quando da atuação do ente estatal, utilizando o sistema da ponderação (FIGUEIREDO, 2011).

2.1 Princípio do desenvolvimento sustentável

O princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se expresso no artigo 255, caput, e artigo 170, inciso VI, da Constituição de 1988. Tem ele como escopo a busca do equilíbrio entre economia e meio ambiente, tornando possível sua coexistência e o desenvolvimento denominado sustentável.

Nesse sentido, acrescenta Celso Antonio Pacheco Fiorillo (2014, p. 72):

> O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e da reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham a oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

Nota-se que esse princípio adquire grande relevância na sociedade capitalista atual, uma vez que impõe freios ao sistema de produção liberal e permite a manutenção do patrimônio ambiental para as futuras gerações (FIORILLO, 2014).

2.2 Princípios do poluidor-pagador, do usuário-pagador e do protetor-recebedor

O princípio do poluído-pagador encontra-se previsto no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal. Tal princípio não busca legitimar a poluição por meio de pagamento pecuniário, mas sim evitar a ocorrência de danos ambientais e reparar os danos já ocorridos mediante a imposição de altas indenizações (FIORILLO, 2014).

O princípio do usuário-pagador, por sua vez, está disposto na Lei 6.938/81, impondo ao usuário do recurso natural que arque com os custos advindos do uso e da obtenção desse recurso. Objetiva-se, assim, evitar o uso desenfreado de recursos naturais, bem como desonerar o Poder Público de mais estes custos (MACHADO, 2014).

O princípio do protetor-recebedor se encontra previsto na Lei 12.305/10 e visa "recompensar, economicamente, as iniciativas que contribuam, sob alguma forma, para a proteção do meio ambiente" (THOMÉ, 2019, p. 87). Assim, o Poder Público incentiva a proteção ambiental, com baixo custo, e desonera-se de recuperar o meio ambiente que seria degradado, o que exigiria numerário muito superior (THOMÉ, 2019).

2.3 Princípios da prevenção, da precaução e da reparação

O princípio da prevenção encontra-se disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. Trata-se de um sustentáculo do direito ambiental, tendo em vista que os danos ambientais são, por muitas vezes, irreparáveis e irreversíveis, sendo impossível o retorno ao *status quo ante*. Assim, consubstancia-se o dever do Poder

Público e da coletividade de preservar o meio ambiente quando conhecidos os males que determinada atividade, potencialmente poluidora, pode causar ao meio ambiente. Tal prevenção pode dar-se por meio da conscientização ecológica, da punição exemplar de poluidores, do endurecimento da legislação, do incentivo a atividades não poluidoras, e do ajuizamento de ações preventivas, dentre outras medidas (FIORILLO, 2014).

O princípio da precaução, por sua vez, aparece previsto na Lei 11.105/05, na Lei 12.187/09 e na Lei 12.608/12. Tal princípio determina que "a ausência de certeza científica absoluta não deve servir de pretexto para postergar a adoção de medidas efetivas de modo a evitar a degradação ambiental" (THOMÉ, 2019, p. 2019). Desse modo, adota-se a denominada ética do cuidado, garantindo-se o meio ambiente de riscos potenciais ainda não identificados de forma definitiva e privilegiando-se a conduta humana menos agressiva (THOMÉ, 2019).

O princípio da reparação, ao fim, encontra-se previsto na Lei 6.938/81 e no artigo 225, § 2º e § 3º, da Constituição Federal. Referido princípio impõe a responsabilização objetiva dos causadores de danos ambientais, bem como reparação integral dos danos causados ao meio ambiente (MACHADO, 2014). Em um primeiro momento busca-se a reparação específica, ou seja, o retorno ao *status quo ante*, não sendo esta possível, passar-se à indenização em pecúnia. Assim, prioriza-se a "recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado" (FIORILLO, 2014).

2.4 Princípios da participação democrática, da informação e da educação ambiental

O princípio da participação democrática está disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal. Trata o referido princípio da necessidade do Estado e da sociedade atuarem conjuntamente na proteção e preservação do meio ambiente. Salienta-se que esse princípio é um dos elementos do Estado Social de Direito, "porquanto todos os direitos sociais são a estrutura essencial de uma saudável qualidade de vida, que, como sabemos, é um dos pontos cardeais da tutela ambiental" (FIORILLO, 2014, p. 129).

O princípio da informação encontra-se no artigo 5º, inciso XXXIII, e no artigo 225, inciso IV, ambos da Constituição Federal, bem como na Lei 10.650/2003. Trata-se de princípio umbilicalmente ligado ao princípio da participação, uma vez que o cidadão somente poderá atuar se tiver acesso aos dados ambientais. Portanto, as informações ambientais devem ser publicadas pelo Poder Público, a fim de garantir à sociedade o acesso tempestivo para a adoção das medidas judiciais e administrativas eventualmente cabíveis (THOMÉ, 2019).

O princípio da educação ambiental está assentado no artigo 225, inciso VI, da Constituição Federal, na Lei 6.938/81, na Lei Complementar 100/11 e na Lei 9.795/99. Este princípio "consubstancia-se em relevante instrumento para esclarecer e envolver a comunidade no processo de responsabilidade com o meio ambiente, com a finalidade de desenvolver a percepção da necessidade de defender e proteger o meio ambiente" (THOMÉ, 2019, p. 81). Cuida-se, portanto, de um princípio fundamental para o exercício da cidadania ambiental, posto que promove a participação efetiva dos cidadãos na tutela do meio ambiente (THOMÉ, 2019).

2.5 Princípio da ubiquidade

O princípio ubiquidade, que não encontra previsão legal expressa no ordenamento jurídico brasileiro, objetiva proteger o meio ambiente enquanto direito

humano. Impõe-se assim a prévia análise ambiental em qualquer tipo de atividade, legislação ou política que possa degradar o meio ambiente, a fim de que os direitos à vida e à qualidade de vida não sejam afetados (FIORILLO, 2014).

2.6 Princípio da vedação ao retrocesso

O princípio da vedação ao retrocesso encontra-se implícito no texto constitucional, uma vez que consubstancia o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Referido princípio veda o retrocesso normativo, porquanto determina que as leis que regulamentam a Constituição Federal instituindo direitos incorporam-se ao patrimônio jurídico dos cidadãos e do Estado, não podendo ser minorados. Assim, o direito à sadia qualidade de vida, que carece um meio ambiente íntegro, passa a ser considerado piso vital mínimo, não podendo ser suprimido de modo algum (FIORILLO, 2014).

2.7 Princípios do direito ao meio ambiente equilibrado, do direito à sadia qualidade de vida e do acesso equitativo aos recursos

O princípio do direito ao meio ambiente equilibrado ou princípio do ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental da pessoa humana está disposto no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal e na Lei 6.938/81. Tal princípio eleva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao nível de direito fundamental formal, posto que os direitos fundamentais se encontram dispersos no texto constitucional, não sendo o seu artigo 5º um rol taxativo, e material, porquanto reflete na estrutura básica do Estado e da sociedade. Ademais, nota-se que esse princípio se encontra ligado ao mínimo existencial ambiental, uma vez que garante as "condições mínimas de preservação dos recursos naturais para a sobrevivência de todas as espécies vivas do planeta" (THOMÉ, 2019, p. 64).

O princípio do direito à sadia qualidade de vida não encontra previsão expressa na legislação brasileira, decorrendo de tratados internacionais. Trata-se da garantia a uma vida com qualidade, para tanto é preciso mais o que apenas a saúde física, caracterizada pela ausência de moléstias, mas também um meio ambiente sadio e preservado. Nota-se a imprescindibilidade desse direito quando ocorrem desastres naturais que privam os indivíduos de seus bens materiais e, consequentemente, de seu bem-estar (MACHADO, 2014).

O princípio do acesso equitativo aos recursos naturais encontra-se implicitamente previsto na Lei 9.433/97. Esse princípio limita o acesso aos recursos naturais, a fim de promover seu uso racional e dentro da estrita necessidade, visando, de outra banda, salvaguardá-los para que as gerações futuras. Nota-se que mesmo não havendo escassez do recurso em espécie, faz-se necessário o acesso equitativo ao consumo do bem e à contemplação de sua paisagem (MACHADO, 2014).

2.8 Princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público

O princípio da obrigatoriedade da intervenção do poder público encontra-se previsto nos artigos 225 e 174 da Constituição Federal, na Lei 6.938/81 e na Lei Complementar 140/11. Prescreve este princípio o dever do Estado de atuar na defesa e na proteção do meio ambiente, seja pela via preventiva, por meio de fiscalizações, incentivos fiscais e planejamentos, seja pela via repressiva, por meio do enrijecimento da legislação e de sanções administrativas. Assim, nota-se a superação do absenteísmo

estatal, característico do Estado Liberal de Direito, para a atuação obrigatória ante a indisponibilidade do meio ambiente (THOMÉ, 2019).

2.9 Princípio da função social da propriedade

O princípio da função social da propriedade ou da função socioambiental da propriedade situa-se nos artigos quinto, 170 e 186 da Constituição Federal. Ressalta-se que esse princípio possui um duplo vetor, dado que coíbe ao proprietário prejudicar a sociedade e o meio ambiente, e, ao mesmo tempo, impõe a ele comportamentos positivos que adequem a propriedade à preservação do meio ambiente. Assim, o direito à propriedade é relativizado em prol da coletividade e da defesa do patrimônio ambiental (THOMÉ, 2019).

2.10 Princípio da cooperação entre os povos

O princípio da cooperação entre os povos resta disposto no artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal. Tal princípio estimula o repasse de conhecimentos tecnológicos e de proteção do meio ambiente entre os Estados, a fim de que os mais desenvolvidos compartilhem as inovações que beneficiem o planeta como um todo. Salienta-se que "esse princípio é de vital relevância, uma vez que fenômenos poluidores geralmente ultrapassam a fronteira de uma nação atingindo outro território" (THOMÉ, 2019, p. 83).

2.11 Princípio do limite

O princípio do limite ou do controle do poluidor pelo poder público encontra-se previsto no artigo 225, inciso V, da Constituição Federal, na Lei 7.347/85 e na Lei Complementar 140/11. Esse princípio prescreve a obrigação estatal de fiscalizar e orientar os indivíduos e a atividade privada no tocante às limitações ao uso dos recursos naturais. Também cabe ao Poder Público a promoção de termos de ajustamento de conduta, com o intuito de pôr fim a atividades lesivas ao meio ambiente (THOMÉ, 2019).

6. Constitucionalização do direito ambiental e a busca pelo Estado de Direito Ambiental

Diante do exposto, na presente pesquisa faz-se cristalino o fenômeno da constitucionalização do direito ambiental, bem como da ecologização da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que tais fatos passaram a ocorrer em todo o mundo a partir da Segunda Guerra Mundial, penetrando na ordem jurídica brasileira por meio da Constituição Federal de 1988 e das poucas leis infraconstitucionais anteriores a tratarem do tema. Nesse ponto, percebe-se que a constitucionalização do meio ambiente ocorreu concomitantemente com o surgimento e a solidificação do direito ambiental (ARAGÃO *et al,* 2012).

Nota-se que o fenômeno da ecologização mudou até mesmo a ótica constitucional, que distanciando dos modelos tradicionais passou a preconizar a ação universal, fazendo com que o Poder Público e a sociedade trabalhem conjuntamente para a tutela do patrimônio ambiental. Nesse sentido, Alexandra Aragão *et al.* (2012, p. 84-85):

> A ecologização do texto constitucional traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista - temporal e

> materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta.

Vê-se que a constitucionalização, por sua vez, em um primeiro momento almejou o resguardo do patrimônio ambiental apenas com o fim de manter a qualidade de vida do homem, somente passando a preocupar-se com o meio ambiente, de forma autônoma, após longo período (ARAGÃO *et al.,* 2012).

> A constitucionalização do meio ambiente emerge, nos primeiros momentos, em fórmula estritamente antropocêntrica, espécie de componente mais amplo da vida e da dignidade humanas; só mais tarde, componentes biocêntricos são borrifados no texto constitucional ou na leitura que deles se faça; nesse último caso, pelo menos, mitigando a vinculação normativa exclusiva a interesses de cunho estritamente utilitarista (ARAGÃO *et al.,* 2012, p. 90).

Faz-se necessário salientar que esse processo de constitucionalização não é imprescindível para a tutela do meio ambiente, uma vez que o legislador infraconstitucional pode tratar da matéria mesmo não havendo previsão constitucional, conforme se vê no próprio histórico legislativo brasileiro. Todavia, é inegável que a previsão constitucional dá mais força à tutela deste bem jurídico, que passa a ser alçado ao nível máximo normativo (ARAGÃO *et al,* 2012).

Dentre os benefícios da constitucionalização cabe destacar: a consignação do dever de não degradar, em contraponto ao direito de exploração, condicionando-o e limitando-o; a tutela do meio ambiente como partícipe da função social da propriedade; a proteção ambiental como direito fundamental de aplicabilidade imediata; a legitimação para a atuação do Estado, no âmbito dos três poderes, para preservar, precaver, sancionar e reparar; a vinculação da Administração Pública à tutela do meio ambiente; a ampliação da participação popular; a máxima hierarquia e visibilidade dos direitos, deveres e princípios ambientais; a segurança normativa decorrente do complexo trâmite das emendas constitucionais, bem como da previsão de cláusulas pétreas; a substituição do paradigma da legalidade pelo da constitucionalidade ambiental; a possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade; e a função de guia interpretativo das normas infraconstitucionais (ARAGÃO *et al,* 2012).

Por outro viés, apontam-se alguns riscos ante a introdução de conceitos, princípios e obrigações ainda não plenamente desenvolvidos e consolidados, uma vez que a Constituição Federal deve trazer tão somente institutos e conceitos maduros, plenamente aceitos, visando evitar a constante mutabilidade por meio de emendas constitucionais. Ainda nesse ponto, observa-se que o meio ambiente e o conhecimento tecnológico, bem como os danos gerados esse, estão em constante mutação, assim faz-se necessária uma incessante evolução legislativa regulamentando as novas situações, o que não pode ser admitido na Constituição Federal, sob pena de atentado à segurança jurídica (ARAGÃO *et al,* 2012).

Constata-se, entretanto, que houve, sem óbice dos riscos acima expostos, a efetiva constitucionalização do direito ambiental, com a formação de uma nova ordem jurídica denominada ordem pública ambiental constitucionalizada. Trata-se de: ordem, pois atribui coerência interna e externa, além de impor limites ao Estado; pública, porquanto instituída para todos e observável de ofício pelo Poder Judiciário; e ambiental, dado que conectada a todo patrimônio ambiental e não apenas aos recursos naturais. Nesse toar, Alexandra Aragão *et al.* (2012, p. 147) prescrevem, "a Constituição de 1988 instituiu uma verdadeira ordem pública ambiental, que conduz o

Estado de Direito Social e modelo político-econômico que adota a assumirem a forma de Estado de Direito Ambiental".

Todavia, vê-se que ainda há um longo caminho a percorrer para a adoção do legítimo Estado de Direito Ambiental, considerando que esse "é, na realidade, uma utopia democrática, porque a transformação a que aspira pressupõe a repolitização da realidade e o exercício radical da cidadania individual e coletiva" (ARAGÃO *et al,* 2012, p. 175-176). No presente momento, portanto, trata-se apenas de uma construção teórica que propõe um novo enfrentamento da situação ambiental atual (ARAGÃO *et al.,* 2012).

Salienta-se que uma das maiores dificuldades para implementação futura está na soberania estatal, vez que a proteção ambiental não deveria se dar de forma diversa entre os Estados considerando que o ambiente é uno e há necessidade de elaboração de uma constituição universal. Porém, verifica-se grande divergência entre as Constituições dos Estados, não somente em matéria ambiental, mas também no que concerne à ordem econômica e direitos humanos, tornando a homogeneidade legislativa entre os países missão extremamente árdua, quiçá impossível (ARAGÃO *et al.,* 2012).

Outrossim, destaca-se que o Brasil somente abandonou a visão economicentrista com o advento da atual Constituição Federal, momento em que passou a adotar o antropocentrismo alargado. Nesse ínterim, nota-se que há poucas décadas o bem ambiental era reduzido a valores de ordem meramente econômica, vindo a ser visto como bem autônomo e essencial para a dignidade da pessoa humana recentemente (ARAGÃO *et al.,* 2012).

> O fato é que o ser humano ainda não se concebe na forma propugnada pela ecologia profunda. O modo de vida humano não consegue, ao menos no momento, abandonar a ideia de que o ambiente é, de alguma fora, servil. Acrescente-se que o homem ainda acha que detém o poder de transformar e entender a natureza, mas essa posição de superioridade constitui-se num enorme e ledo engano (ARAGÃO, 2012, p. 165).

Nesse toar, resta clara a distância a que está o ordenamento jurídico brasileiro do ecocentrismo ou ecologia profunda, e, consequentemente do Estado de Direito Ambiental. O ecocentrismo, diversamente do antropocentrismo, prega a integração do homem com o meio ambiente, devendo ser desconsiderada a proeminência humana, uma vez que apenas por ser racional, não é dado ao homem o direito de subjugar a natureza, que nessa concepção é tida como sujeito de direito (ARAGÃO *et al,* 2012).

CONCLUSÃO

Da pesquisa realizada infere-se que o direito ambiental efetivamente passou por um processo de constitucionalização, no mesmo compasso que a Constituição Federal de 1988 incidiu no fenômeno da ecologização, assim como as Constituições dos demais países no pós Segunda Guerra Mundial. Nota-se que ambos os fenômenos se encontram umbilicalmente ligados, porquanto a formação do próprio direito ambiental, que até então firmava-se em premissas frágeis, repentinamente foi alçado ao nível máximo da hierarquia normativa, consagrando e impondo-se perante todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado.

Não obstante, ainda não é possível afirmar que houve a efetiva formação de um Estado de Direito Ambiental. Verifica-se pela evolução histórica e conceitual um claro progresso do direito ambiental no Estado brasileiro, contudo, vê-se por sua interpretação, juntamente com os princípios elencados, que ainda se adota uma visão

antropocêntrica. Assim, o centro do direito ambiental continua sendo o homem, mesmo que este não se preocupe tão somente com a função econômica do meio ambiente.

Para atingir o ápice da ordem pública ambiental constitucionalizada, e consequentemente a formação do Estado de Direito Ambiental, é preciso superar antigos dogmas, a exemplo da soberania estatal que determina que cada Estado estabeleça suas leis. Formada uma constituição ambiental universal, ainda deve-se verificar se essa efetivamente adota o biocentrismo ou ecologia profunda, tratando o meio ambiente como sujeito de direito e negando a proeminência humana, até então aceita em virtude da racionalidade do homem.

Nesse ínterim, vê-se que há um longo caminho a percorrer para a plena tutela do patrimônio ambiental, cabendo aos Estados unirem-se e firmarem tratados internacionais acerca do tema, bem como torná-los efetivos na ordem jurídica interna.

Por fim, pode-se afirmar que cabe a sociedade a transmutação dos próprios conceitos de humanidade, a fim de que possam ver os demais seres vivos e não vivos, como titulares de direitos, em condição equânime à humana, adotando assim o biocentrismo como essência.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandra; *et al*. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. **Curso de direito ambiental**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**.15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro.** 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental.** 9. ed. Salvador: JusPODVIM, 2019.

18

DO LAÇO AFETIVO A DOR DO ABANDONO: A responsabilidade civil do adotante decorrente do arrependimento na adoção

Alessandra Regina Biasus[1]
Gislaine de Aguiar[2]

RESUMO: O presente artigo tem por escopo analisar o instituto da adoção, no que diz respeito ao arrependimento do adotante no processo de adoção e da possibilidade de reparação civil por meio de indenização. Consoante os princípios constitucionais e a proteção especial que o Estatuto da Criança e do Adolescente dispensa para o tema. Também objetiva demonstrar que a *devolução* do adotando pode gerar dano moral, pois afeta o desenvolvimento de sua personalidade, representando ofensa a sua dignidade. Nesse diapasão, mostra-se relevante a necessidade de avaliar a possibilidade de responsabilização, tendo em vista que a legislação vigente não prevê nenhum tipo de sanção para os adotantes que se arrependem da adoção e após um período, que passam com a criança ou adolescente, acabam devolvendo-o aos cuidados do Judiciário. A pesquisa foi realizada através da revisão bibliográfica e análise de jurisprudência que versam sobre a temática. Buscando outrossim, demonstrar que o arrependimento da adoção é um ato ilícito passível de reparação, tendo em vista que o adotando já foi vítima do abandono da família biológica e experimenta novamente esse trauma. Sendo que é preciso evitar e dissuadir futuros adotantes de tal prática.

Palavras-chave: Adoção. Arrependimento da Adoção. Indenização. Responsabilidade Civil.

[1] Especialista em Administração e Gestão em Direito Público. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Orientadora. E-mail: alebiasus@uricer.edu.br
[1] Graduanda do curso de Direito, 6º semestre, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Erechim-RS. E-mail: ghiaguiar@gmail.com

INTRODUÇÃO

O artigo trata sobre a responsabilidade civil decorrente do arrependimento da adoção e de seus efeitos jurídicos, tendo como base a Constituição Federal, o Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Adoção – Lei nº 12.010/2009. Nesse sentido, sustenta-se a hipótese da reparação civil, como forma de compensar o adotando dos traumas psicológicos e da privação aos seus direitos essenciais, cabendo ao Estado a tutela e a proteção integral da criança ou adolescente como sujeitos de direitos em pleno desenvolvimento.

Primeiramente será feito uma breve análise dos aspectos históricos da adoção, em seguida sua conceituação conforme o ordenamento jurídico brasileiro, bem como seus requisitos, para posteriormente tratar da responsabilidade civil decorrente da desistência da adoção e seus efeitos jurídicos. Sendo que, a metodologia utilizada consistirá na revisão bibliográfica, com utilização da doutrina, artigos científicos, legislação, jurisprudência e sites na internet.

Nesse ambiente de incerteza quanto ao futuro da criança e do adolescente surge o problema central desta pesquisa, a qual tem por objetivo analisar a possibilidade de responsabilização civil do adotante decorrente do arrependimento na adoção. O tema se mostra atual e relevante, tendo em vista que o arrependimento na adoção afronta os interesses do adotando, em virtude disso, será analisado a lesão ao direito do melhor interesse do menor e a seus direitos fundamentais.

Será também, verificado a possibilidade de reparação civil por dano moral em decorrência do arrependimento na adoção. Por fim, serão indicadas algumas decisões sobre o tema no Brasil, demonstrando que a tendência dos Tribunais do país é aceitar a possibilidade de indenização por desistência da adoção, se presentes os pressupostos da responsabilidade civil.

Contudo, após conclusão dos procedimentos de adoção, não há previsão de desistência. Sendo a adoção medida excepcional e irrevogável, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que atribui ao adotado a condição de filho. Uma eventual *devolução* nesse caso poderia ser enquadrada como o crime de abandono de incapaz. Embora a desistência no estágio de convivência esteja prevista no artigo 35 do ECA, ao qual preceitua que a "[...] guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público. " (BRASIL, 1990)

Todavia, após conclusão dos procedimentos de adoção, não há previsão de desistência. Destarte, os efeitos decorrentes do arrependimento estabelecem na criança ou no adolescente duplo sentimento de abandono. Por isso, é necessário que os menores tenham seus direitos preservados tanto pelo Estado quanto pela sociedade em geral.

Nesta conjuntura, a possibilidade de responsabilização do adotante pelo dano moral experimentado pelo menor se faz necessária diante da constatação da violência psicológica por este sofrida. Por conseguinte, o princípio do melhor interesse do menor é um orientador da norma jurídica, pois determina a prioridade das necessidades infanto-juvenis como critério de interpretação da norma ou até como forma de elaboração de futuras demandas.

1 A ADOÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: ASPECTOS GERIAIS

Segundo Gonçalves, a adoção "é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha. " (GONÇALVES, 2019, p.376) O instituto da adoção é regido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, com fundamento no art. 227, §5º, da CF/88, ao qual preceitua que "A adoção será assistida

pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros. ” (BRASIL, 1988)

A proteção da criança e do adolescente, em toda sua esfera, está consagrada na Constituição Federal e nas legislações infraconstitucionais, a principal protagonista é a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

Destarte, a adoção no Brasil está amparada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual é estandarte de todos os outros e pelo princípio da proteção integral e do melhor interesse do menor. Porém este instituto é medida excepcional, e só deve ser aplicado quando já esgotados todos os recursos possíveis para manter a criança ou adolescente no âmbito familiar natural ou da família extensa.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §6º, consagrou a isonomia entre filhos, inclusive os havidos por adoção, proibindo qualquer referência que indique sua condição anterior. O artigo 43 do ECA, preceitua que a adoção deve trazer efetivo proveito para o adotante. Sendo que a adoção será indeferida se o pretendente não dispõe de meios materiais para a proteção integral da criança ou adolescente, visto que são legítimos os motivos do pedido que levam em consideração primordialmente os interesses do adotando.

Seguindo os preceitos constitucionais, o adotado assume a condição de filho dos adotantes, devendo possuir os mesmos direitos e deveres de um filho natural, sendo vedado qualquer tipo de discriminação de qualquer natureza, exceto aquela que trate a respeito dos impedimentos matrimoniais dispostos no Código Civil. Portanto, se os pais biológicos não podem abandonar um filho, sob pena de perda do poder familiar, da mesma forma não o pode fazer os pais adotivos.

O instituto da adoção, dentro de uma nova perspectiva, constitui na busca de uma família para a criança ou adolescente, abandonando, portanto, a concepção tradicional civil, em que prevalecia sua natureza contratual e significava a busca de uma criança para uma família. Nesse sentido, acrescenta-se o direito à convivência familiar e comunitária, que é tão essencial quanto o direito à vida, à educação, à saúde, à alimentação, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade, ao lazer e ao respeito. A Constituição preceitua em seu art. 226 que a família é a base da sociedade e que compete a ela, ao Estado, a sociedade em geral e a comunidade, assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais. (BRASIL, 1988), dando-lhe absoluta prioridade.

Cabe ressaltar ainda, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança indicado no artigo 3º da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, ao declarar que

> 1.Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”. (ONU, 1989)

No que concerne à sua natureza jurídica, de acordo com Gonçalves, “a adoção passou a constituir-se por ato complexo e a exigir sentença judicial, prevendo-a expressamente o art. 47 do Estatuto da Criança e do Adolescente“ (GONÇALVES, 2019, p.377), com participação efetiva do Poder Público na relação. Este último participa com o intuito de analisar a conveniência ou não da sua efetivação, amparado sobretudo nos princípios constitucionais e nos princípios dispostos no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8089/90.

Sendo que o processo de adoção é dividido em fases, a primeira será a postulatória e a segunda a instrutória que culminará com a emanação de uma sentença.

Corroborando a esse entendimento, a sentença de adoção já é reconhecida pela jurisprudência do STJ, como de natureza jurídica constitutiva, e faz de fato coisa julgada material, e produz efeitos após o trânsito em julgado, exceto no caso de adoção *post mortem*, em que os efeitos serão retroativos a data do óbito do adotante. É o que disserta o informativo nº0435 do STJ quanto a natureza jurídica da adoção:

> **ADOÇÃO. SENTENÇA. NATUREZA JURÍDICA.**
>
> Trata-se de REsp em que se discute a natureza jurídica da sentença proferida no processo de adoção: se constitutiva, produzindo coisa julgada material e só podendo ser rescindida por ação rescisória, ou se homologatória, não se sujeitando à coisa julgada material e podendo ser objeto de ação anulatória de atos jurídicos em geral, prevista no art. 486 do CPC. A Turma entendeu que a sentença proferida no processo de adoção possui natureza jurídica de provimento judicial constitutivo, fazendo coisa julgada material. Em sendo assim, a ação anulatória de atos jurídicos em geral, prevista naquele dispositivo legal, não é meio apto à sua desconstituição, só obtida mediante ação rescisória, sujeita a prazo decadencial, nos termos do art. 485 e incisos daquele mesmo código. Observou-se que classificar a sentença de adoção como de natureza meramente homologatória (não sujeita ao trânsito em julgado, à produção de coisa julgada material, tampouco ao prazo decadencial para sua desconstituição mediante ação rescisória) como quer o recorrente, ensejaria verdadeira insegurança jurídica, ao possibilitar o retorno do menor adotado, a qualquer tempo, ao *status quo ante* à adoção mediante simples ajuizamento de ação anulatória de atos jurídicos em geral. Isso afetaria, sem dúvida, direitos personalíssimos, tais como nome e filiação, inerentes à dignidade da pessoa humana do menor adotado. Diante disso, negou-se provimento ao recurso. (BRASIL, STJ, 2010)

Dessa forma, conforme art. 47 do ECA, é mediante essa sentença judicial que o vínculo legal da adoção é constituído. Por conseguinte, a criança e o adolescente gozam de prioridade absoluta com relação a seus interesses, em função de serem sujeitos vulneráveis e em desenvolvimento. Nesse sentido **a adoção possuiu dupla finalidade, quais sejam de** dar filhos a quem não pode tê-los biologicamente e, dar pais aos desamparados, a fim de lhes trazerem melhores condições sociais.

A adoção tem por escopo, ser uma forma de inserção do menor em família substituta, dentre os vários efeitos, o principal deles está no fato de que será ato irrevogável, não se admitindo o arrependimento dos adotantes depois de deferida a adoção. Conforme prevê o artigo 39, §1º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), a adoção é irrevogável, ainda que os adotantes venham a ter filhos naturais, tendo em vista que o adotado está equiparado a estes, possuindo os mesmos direitos, inclusive os sucessórios (artigo 41 do ECA).

1.1. ASPECTOS HISTÓRICOS DA ADOÇÃO

A adoção é um instituto que sempre esteve previsto na história da humanidade. Sendo o artifício utilizado para perpetrar e suceder aqueles que não puderam conceber. O primeiro diploma legal a tratar sobre a temática no Brasil foi o Código Civil de 1916. Permitindo apenas pessoas maiores de 50 anos e que não possuíssem filhos legítimos ou legitimados, para poderem adotar. Atualmente, o instituto visa promover o melhor interesse da criança. Deixando de objetivar dar um filho para quem não pode tê-lo, para garantir um direito constitucional à família.

A adoção está prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. Em 2009 foi promulgada a Lei 12.010/09, a Lei Nacional de Adoção, a qual determinou as

principais diretrizes para adoção no Brasil. Tendo em vista que, a adoção não é uma prática moderna, apenas sua finalidade é que mudou. Destarte, na Antiguidade a adoção tinha o objetivo de continuidade do nome da família para aqueles que não possuíam descendentes. Já na Idade Média, a adoção não era bem vista, principalmente pela Igreja Católica, que alegava que tal prática poderia influenciar no reconhecimento legal de filhos incestuosos.

A Lei 8069/90 em conjunto com o Lei 10.406/02, Código Civil e a CF/88, preceituam que a adoção tem por objetivo a constituição de família. Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente objetiva a proteção do menor desamparado, buscando integrá-lo no seio familiar, predominando a proteção integral e o melhor interesse para o adotando. Sendo que a adoção está regulamentada nos artigos 39 a 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e preceitua que toda criança e adolescente tem direito a ter uma família.

1.2. REQUISITOS E PROCEDIMENTOS PARA ADOÇÃO

Conforme instruções do CNJ, quem deseja adotar uma criança ou adolescente, deve procurar a vara de Infância e Juventude ou Fórum e iniciar o processo de adoção. É totalmente gratuito. A adoção será feita mediante processo judicial, sempre com a intervenção do Ministério Público. Para isso, o candidato à adoção deve obedecer a alguns requisitos, tais como idade mínima de 18 anos, ser civilmente capaz e haver uma diferença mínima de 16 anos de idade do adotando. Porém, para adotar, independe seu estado civil.

Destarte, o candidato à adoção deve seguir rigorosamente as fases do processo de adoção, que começa com um estudo psicopedagógico, em que são feitas entrevistas com pedagogos e psicólogos. O objetivo dessa fase é conhecer as motivações e as expectativas dos candidatos à adoção. Analisar a realidade sócio familiar e avaliar criteriosamente se estão aptos a adotar. Deferida a habilitação, o postulante é inscrito no Sistema Nacional de Adoção. Porém, antes de deferida a guarda definitiva, o adotante obtém a guarda provisória. Segundo o artigo 46 do ECA, a adoção deverá ser precedida de estágio de convivência, em que o juiz fixará um prazo para que o adotando possa adaptar-se à nova família. Nesse sentido,

> O estágio de convivência propicia condições de conhecimento mútuo entre aqueles que se preparam para a séria e grave vinculação familiar, completa e definitiva. Destina-se ao aferimento dos atributos pessoais, compatibilidades ou incompatibilidades. O período dessa observação deve durar enquanto conveniente à sua finalidade, questão de fato a ser decidida pelo juiz em cada caso concreto. A expressão autoridade judiciária empregada neste art. 46, bem como em qualquer ponto do Estatuto significa o Juiz da Infância e da Adolescência. Aquele que a Lei de Organização Judiciária de cada Estado denominava, antes, Juiz de Menores. Permite o § 1o a dispensa do estágio de convivência, se o adotando já vive e convive na família substituta ou na extensa, com o adotante em regime de tutela ou guarda legal, durante ininterrupto espaço de tempo que seja razoável para a adoção, visando os superiores interesses do adotando. (TAVARES, 2013, p.47).

Diante do exposto, é imprescindível a fase de convivência, que tem por finalidade aproximar as partes, possibilitando a criação de vínculo afetivo, sendo uma fase em que adotante e adotando tem a oportunidade de se conhecerem melhor, a fim de se evitar adoções precipitadas que causem maiores danos as partes futuramente. Visto sob esse ângulo, o estágio de convivência não é um direito dos adotantes e sim do adotando,

pois o ECA objetiva a proteção da criança e do adolescente, fundamentado no princípio do melhor interesse do menor e da prioridade absoluta.

O objetivo do estágio é permitir que a autoridade judiciária com o auxílio da equipe interdisciplinar possa avaliar a conveniência da adoção. Ainda no art. 35 do ECA, a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, neste estágio de convivência. Posteriormente é dado uma sentença constitutiva, em que é concretizada a adoção.

2 A devolução do adotando no processo de adoção

A ação de devolver uma criança é mais comum do que se imagina. Isso acontece principalmente no período de convivência, quando o adotante detém a guarda provisória, mas o processo de adoção ainda não está concluído. Durante esse período, a família é avaliada e monitorada por técnicos do Juizado da Infância e Juventude. No entanto, apesar de rara, a devolução depois de encerrado o processo de adoção também pode acontecer. Segundo Rezende,

> [...] como regra, em sua grande maioria, as crianças e adolescentes que são encaminhados a adoção, compondo, outrossim, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), são pessoas com um triste histórico de violação de seus direitos mais elementares, que muitas das vezes conduzem à destituição do poder familiar. (REZENDE, 2014, p.82)

Muitas são as razões que levam à desistência da adoção. Em geral os problemas começam com a convivência real e os problemas diários, visto que os adotantes mesmo que inconscientemente acabam fantasiando o filho ideal e muitas vezes a expectativa não condiz com a realidade, mas a criança é real e já tem alguns hábitos e costumes, principalmente as mais velhas. Havendo outrossim, dificuldades na construção do relacionamento, podendo nesses casos prejudicar a adoção e a saúde psicológica da criança ou adolescente.

O arrependimento na adoção e a posterior devolução da criança ou adolescente é resultado da dificuldade de inserir o adotando na vida dos adotantes, há uma crise de adaptação. Todavia, essa devolução gera traumas, sentimento de rejeição e conforme apontam Riede e Sartori,

> Quando não ocorre o estabelecimento de um vínculo afetivo familiar de fato entre adotantes e adotado, poderá ocorrer um duplo abandono, ou a "devolução" da criança, que passa a ser vista como 'problema' porque nascido de 'outra barriga', de maneira que os adotantes não a sentem como pertencente à família. (RIEDE; SARTORI, 2013, p.145)

O duplo abandono se consubstancia pelo fato da maioria das crianças e adolescentes já terem vivido um histórico de abandono e maus tratos. A desistência dos adotantes, acaba por reafirmar os traumas psicológicos outrora experimentados. Sendo que há casos em que o adotando é devolvido mais de uma vez.

Não obstante, a busca por um filho, por vezes acaba criando a ilusão do filho ideal, com certas características que muitas vezes não condizem com as crianças e/ou adolescentes disponíveis para adoção. Prova disso, são os dados do Conselho Nacional de Justiça, em que estão disponíveis para adoção 5.195 crianças e há 36.881 pretendentes aptos a adotar. (CNJ, atualizado em 11 ago. 2020) Embora, o número de crianças devolvidas é reduzido comparativamente ao total das que efetivamente são adotadas, a frequência da desistência no processo de adoção é uma realidade

preocupante, além do fato de que não há como retornar ao *status quo ante* da criança ou adolescente que foi devolvido.

Diante desse cenário, o processo de preparação e avaliação dos candidatos à adoção é muito importante, mas também o acompanhamento durante o período de transição e até pós-adoção é imprescindível.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL E O ARREPENDIMENTO NA ADOÇÃO

A responsabilidade civil no âmbito familiar vem ganhando espaço nos Tribunais nos últimos anos. Tendo em vista que, se antes o direito de família e a responsabilidade civil eram vistos como incomunicáveis, tal pensamento já foi superado. Nesse sentido, faz-se mister analisar a questão da responsabilidade civil nos casos de desistência do adotante no processo de adoção, seja no estágio de convivência ou após o trânsito em julgado da sentença de guarda definitiva. Situação em que o adotado já aufere do status de filho. Nos casos em que já foi deferida a guarda definitiva, o ato ilícito é mais evidente, visto que a adoção tem caráter de irrevogabilidade, ou seja, não pode ser desfeita.

Não obstante, o direito protege as expectativas do indivíduo. Sendo que o abuso de um direito potestativo que gerar dano a outrem é passível de reparação, em consonância com o princípio *venire contra factum proprium*, em que é proibido o comportamento contraditório.

Por conseguinte, o exercício legal do direito e o abuso deste, configura ato ilícito é o que preceitua o artigo 187 do Código Civil, ao dispor que "[...] 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) Nesse sentido, o ato ilícito, que gera o direito de reparação, decorre do fato de que os adotantes buscaram voluntariamente o processo de adoção, deixando expresso sua vontade de adotar. Porém, ao ocorrer a desistência sem motivações relevantes, ou até mesmo imotivadas, é imperioso a responsabilização civil.

Quando há um rompimento brusco do vínculo familiar, isso gera no adotando um sentimento de rejeição, em que ele é exposto novamente à situação de abandono, ferindo assim a sua dignidade. Todavia, o juiz deve cautelosamente analisar o caso concreto, utilizando-se dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Malgrado, embora seja possível a desistência da adoção no estágio de convivência, segundo preceitua o artigo 35 do ECA, em que a guarda pode ser revogada a qualquer tempo, para haver a responsabilização civil, é preciso analisar as particularidades de cada caso concreto. Porém, esse artigo tem por objetivo a proteção e os interesses do adotando, porque caso a criança ou adolescente não se adapte à família adotiva ou de alguma forma aquele convívio familiar não lhe seja favorável é possível a revogação.

Assim, quando os adotantes devolvem a criança de maneira fria, imotivada e irresponsável estão indo contra o princípio da proteção integral do menor e contra o princípio da dignidade da pessoa humana. E por isso, podem vir a serem responsabilizados civilmente, baseado no artigo 187, CC que trata do abuso de direito, por exceder os limites daquela guarda e os limites da boa-fé e da função social da adoção.

Apesar de não haver na legislação brasileira regra expressa sobre o arrependimento na adoção, há norma que dispõe sobre a irrevogabilidade desta, sobretudo em se tratando de adoção de menor, sendo a doutrina e jurisprudência consolidadas no sentido de a adoção ser irrevogável.

2.2. PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro está disposta no Código Civil a partir do art. 927, que diz que "Aquele que por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo." (BRASIL, 2002)

A responsabilidade civil pode ser contratual ou extracontratual ou aquiliana e também pode ser subjetiva ou objetiva. Na responsabilidade civil subjetiva é necessária a prova de culpa por parte do agente, já a responsabilidade civil objetiva independe de culpa.

A responsabilidade civil é composta por quatro pressupostos: ato ilícito, culpa, dano e nexo causal. O ato ilícito é fato jurídico originado da vontade humana, a culpa é o principal elemento, sendo a desconformidade do comportamento do agente em relação aos parâmetros de tolerabilidade do risco aceito pela sociedade. O dano é o que desencadeia a responsabilidade civil em si, sendo a lesão. O nexo causal é o que confere a obrigação de indenizar aquele que produziu o erro e que determina o desdobramento do dano e a extensão da sua reparação.

Nesse ínterim, será dado ênfase à responsabilidade civil objetiva, em especial a responsabilização por dano moral. Sendo que, este se caracteriza por ser uma ofensa aos valores íntimos da personalidade, atingindo especialmente as esferas afetiva, intelectual e valorativa, podendo trazer como consequência angústia e sofrimento. A CF/88, em seu art. 5º, incisos V e X, prevê expressamente a indenização por dano moral. A natureza jurídica dessa indenização, a reparação por dano moral, além de apresentar um caráter compensatório, também apresenta uma finalidade punitiva e dissuasiva. Segundo Venosa, os princípios informadores da responsabilidade civil

> [...] buscam restaurar um equilíbrio patrimonial e moral violado. Um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social. Os ordenamentos contemporâneos buscam alargar cada vez mais o dever de indenizar, alcançando novos horizontes, a fim de que cada vez menos restem danos irressarcidos. (VENOSA,2020, p.437)

A ordem jurídica entrega ao indivíduo uma série de direitos, os quais, devem ser exercidos de acordo com os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, visto que comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente esses parâmetros. Tendo em vista que, o abuso de direito é aplicável em todas as esferas do direito, inclusive no direito de família.

2.3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADOTANTE DECORRENTE DO ARREPENDIMENTO NA ADOÇÃO

É possível a indenização decorrente do arrependimento na adoção, se presentes os pressupostos da responsabilidade civil e se utilizada com bom senso e cautela. Sendo importante instrumento para a adequação do direito ao atual contexto constitucional, regrado pela proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e da solidariedade nas relações pessoais.

Ainda assim, é preciso prudência na solução do caso concreto, uma vez que a questão não pode se transformar em meio para obtenção de vantagens. Contudo, cada caso deverá ser analisado com as suas particularidades, com vistas a não se promover a *coisificação* do processo de guarda, tendo em vista que, uma criança não é um objeto que pode ser devolvido a qualquer tempo e por qualquer justificativa.

Nesse sentido, após a verificação da existência do dano, é preciso quantificar o valor da indenização, sendo que a condenação deve ter dois principais objetivos: o de

reparar os danos de ordem psicológica impostos à criança ou adolescente, e, ainda, desestimular a prática de condutas semelhantes. Todavia, deverá ser levado em consideração a gravidade e os efeitos da conduta, a condição econômica dos adotantes, o seu grau de instrução, o tempo em que a criança ou adolescente ficou sob seus cuidados, e também submeter o adotando a uma criteriosa avaliação psicológica. É o que dispõe o seguinte julgado

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM OCORRENTE. GUARDA PROVISÓRIA. DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. NEGLIGÊNCIA E IMPRUDÊNCIA DOS ADOTANTES CARACTERIZADA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR PRESENTE. VALOR DA INDENIZAÇÃO MANTIDO. RECURSO NÃO PROVIDO.
> 1. O art. 201, IX, da Lei nº 8.069, de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente confere legitimidade ativa extraordinária ao Ministério Público para ingressar em juízo na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente.
> 2. Assim, o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, cujo objetivo é responsabilizar aqueles que supostamente teriam violado direito indisponível do adolescente.
> 3. Embora seja possível desistir da adoção durante o estágio de convivência, se ficar evidenciado que o insucesso da adoção está relacionado à negligência e à imprudência dos adotantes e que desta atitude resultou em comprovado dano moral para o adotando, este deve ser indenizado.
> 4. O arbitramento da indenização pelo dano moral levará em conta as consequências da lesão, a condição socioeconômica do ofendido e a capacidade do devedor. Observados esses elementos, o arbitramento deve ser mantido.
> 5. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que acolheu em parte a pretensão inicial, rejeitada uma preliminar. (MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2018)

A condenação por dano moral tem sido usada para coibir casos, porém quando há a devolução, esta é sempre traumática. Por conseguinte, além da sanção pecuniária, o artigo 197-E, § 5º, do ECA prevê àquela família que devolver o filho adotivo, a exclusão do cadastro de adoção e a vedação à renovação da habilitação, salvo decisão fundamentada do magistrado. Consoante o que dispõe o seguinte julgado

> EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - ABUSO SEXUAL - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II - DANOS MATERIAIS - SUSTENTO REALIZADO PELO ESTADO - AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INDEVIDA - III. DANOS MORAIS - O QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.
> - A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se

> arrependeram.
> - O ressarcimento civil é devido face à clara afronta aos direitos fundamentais da criança e ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A situação foi agravada, visto que a criança foi obrigada a presenciar cenas de conjunção carnal e atos libidinosos entre aqueles que teriam o dever de protegê-la e as provas constantes nos autos indicam que o requerido praticava inclusive atos libidinosos com a própria menor. Deve ser ressaltado que também foi constatada a omissão do Estado, que deveria ter acompanhado melhor o convívio, realizando estudos psicossociais com frequencia, e não apenas uma vez nos quase 02 (dois) anos. Ainda assim, a omissão não neutraliza a conduta dos requeridos que tinham o papel de cuidar da infante e a submeteram a lamentáveis situações. (MINAS GERAIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2014)

Portanto, percebe-se que a jurisprudência vem reconhecendo que o arrependimento na adoção gera dano moral. Assim, o arrependimento na adoção, só deve ser aceito em casos excepcionais, que não venha ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, do melhor interesse do menor, e ainda que não ocasione afronta à lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção passou por diversas fases de adaptação no ordenamento jurídico brasileiro, evoluindo de uma época em que só visava solucionar um problema de casais que não podiam ter filhos, para uma previsão legal que visa dar oportunidade para que crianças, adolescentes e até mesmo adultos, possam ter uma família. O Estatuto da Criança e do Adolescente inovou ao trazer expressamente os princípios garantidores da proteção integral da criança e do adolescente, para que este possa ter garantido seus direitos primordiais e que tenha também a proteção da família, a qual seja bem estruturada e que contribua para seu pleno desenvolvimento. Conquanto, também se verifica a importância do estágio de convivência, para que se possa garantir à criança e ao adolescente um lar adequado que contribua para sua positiva formação social.

O instituto da adoção, é uma forma, ainda que indireta, de satisfazer os objetivos fundamentais contemplados pela Constituição Federal, principalmente no sentido de construir uma sociedade solidária, erradicando a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais, bem como promovendo o bem de todos e, ainda, tutelando a dignidade da pessoa humana. Não obstante, à luz dos princípios esculpidos no artigo 6º do ECA, enseja a reparação dos danos experimentados pelo adotando, até porque evidente a lesão aos direitos da personalidade, diante da frustração das expectativas de que a adoção se efetivaria.

A adoção não consiste em ter pena de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou, ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é atender as reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada. Daí a importância de reflexão sobre o tema, pois o objetivo da adoção é a inserção do adotado em família substituta em igual condição a de filho biológico. Dessa forma, a adoção é um ato jurídico que faz gerar uma família com todos os direitos e deveres garantidos pelo Código Civil e pela Constituição Federal. Assim sendo, ao pretender um filho adotado, deve-se ter a consciência do principal objetivo do instituto que é assegurar através da família, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

A devolução chama muita a atenção porque se constitui como uma experiência que reedita o abandono. É desse ângulo que se enfatiza que as consequências para a criança podem ser intensificadas em relação aos seus sentimentos de rejeição,

abandono e desamparo. Nesse diapasão, constatou-se que o arrependimento na adoção é fato gerador de dano moral a criança ou adolescente por se tratar de uma pessoa que se encontra em estado de desenvolvimento da personalidade. Por conseguinte, quanto maior o prazo decorrido do arrependimento posterior, maior poderá ser a extensão do dano, dado o vínculo de afetividade gerado pelo adotando em relação ao adotante.

Hodiernamente, a família ganhou novos contornos sob a égide da CF/88, trazendo em seu bojo princípios como o da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, da pluralidade das entidades familiares e do objetivo de construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Nesse sentido foram contemplados uma série de princípios tendentes a garantir a criança e ao adolescente a proteção integral e a prioridade absoluta, reafirmando o protagonismo assumido pelos filhos nas relações familiares, e o dever da família, da sociedade e do Estado na garantia do pleno exercício desses direitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm . Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 ago. 2020.

BRASIL. **Lei n° 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Dispõe sobre adoção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm . Acesso: 04 ago. 2020.

BRASIL. **Ministério Público Federal**. A Lei garante o direito à convivência familiar e comunitária. Disponível em: http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria/a-lei-garante-o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp. 1.112.265-CE.** Terceira Turma. Rel. Ministro Massami Uyeda. Brasília, 18 de maio de 2010. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14337509/recurso-especial-resp-1112265-ce-2009-0044601-0-stj/certidao-de-julgamento-14337512?ref=serp> Acesso em: 05 ago. 2020.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/passo-a-passo-da-adocao/ Acesso em: 11 ago. 2020.

CNJ. **Conselho Nacional de Justiça**. Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall. Acesso em: 11 ago. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v.6. 16. ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. **AC n. 1.0024.11.049157-8/002**. Primeira Câmara Cível. Relator (a): Des. (a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. 50 Minas Gerais, 15 de abril de 2014. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.11.049157-8%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar . Acesso em: 12 ago. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. **AC nº 10702140596124001**. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Caetano Levi Lopes. Minas Gerais, 27 de março de 2018. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0702.14.059612-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 12 ago. 2020.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança.** 1989. Disponível em:<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca> Acesso em 02 ago. 2020.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção**. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**. ano 1. nº1, p.81-103, 2014. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/mppr/revista_juridica_mppr_n01_2014.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

RIEDE, J. E. & SARTORI, G. I. Z. Adoção e os fatores de risco: do afeto à devolução das crianças e adolescentes. **Perspectiva**, v. 37, n. 138, p. 143-154, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível. **AC nº 70069445112**. Sétima Câmara Cível. Rel. Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. 31 de agosto de 2016. Disponível em:https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381349561/apelacao-civel-ac-70069445112-rs/inteiro-teor-381349581. Acesso em: 10 ago. 2020.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 8ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Obrigações e Responsabilidade Civil. v.2. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

19
GÊNERO, VIOLÊNCIA E FORMAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS: Limites e possibilidades da Justiça Restaurativa no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil

Lais Caroline Schröpfer[1]
Gabrielle Scola Dutra[2]
Charlise Paula Colet Gimenez[3]

RESUMO: A temática da presente pesquisa trata sobre a intersecção entre gênero, violência e formas de tratamento de conflitos, no que concerne aos limites e possibilidades da Justiça Restaurativa no enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil. À vista disso, para a realização da pesquisa, adota-se o método de pesquisa dedutivo, orientado por um procedimento bibliográfico. Assim, estuda-se, em um primeiro momento, sob a perspectiva transdisciplinar da psicologia, os obstáculos e a (in)efetividade das redes de proteção e dos mecanismos de enfrentamento a violência doméstica contra a mulher no cenário brasileiro. Posteriormente, numa segunda seção, sob a perspectiva do Direito, analisa-se a justiça restaurativa como forma de tratamento de conflitos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher como possibilidade de transformação das relações humanas na sociedade

[1] Psicóloga (CRP nº 07/33160) formada pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo-RS. Pós-graduanda em Clínica Psicanalítica pela Universidade Franciscana – UFN.
[2] Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo. Especialista em Filosofia na Contemporaneidade pela URI. Pós-graduanda em Direito Penal e Processual prático contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Membro do grupo de pesquisa: "Tutela dos Direitos e sua efetividade", cadastrado no CNPQ e vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da URI. Advogada. Membro da Comissão da Mulher (Subseção OAB Santo Ângelo). Atua no estudo do Direito Penal, Violência, Conflito e Gênero.
[3] Pós-Doutora em Direito pela UNIRITTER sob a orientação da professora Doutora Sandra Regina Martini. Doutora em Direito e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito stricto sensu - Mestrado e Doutorado, e Graduação em Direito, todos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões - URI, campus Santo Ângelo. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI. Líder do Grupo de Pesquisa "Conflito, Cidadania e Direitos Humanos", registrado no CNPQ. Advogada. Atua no estudo do Crime, Violência, Conflito e Formas de Tratamento de Conflitos - conciliação, mediação, arbitragem e justiça restaurativa

complexa. Em suma, no que concerne ao enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, constata-se que a Justiça Restaurativa resplandece no cenário social como uma forma de tratamento de conflitos nesse âmbito.

Palavras-chave: Formas de Tratamento de Conflitos. Gênero. Mulher. Justiça Restaurativa. Violência.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a dinâmica das relações humanas é marcada pela constituição de conflitos sociais, ao passo que tais se perfectibilizam no tecido social e se operacionalizam de maneira intencional, no sentido de que é possível referir que os conflitos são inerentes à existência humana e sempre fizeram parte dela. Dessa forma, diante do contexto histórico civilizacional de caráter conflitivo, está o fenômeno da violência de gênero que, orientado pelo sistema patriarcal, reproduz uma lógica perversa de controle e dominação sob os corpos das mulheres, na medida em que tanto orienta uma potencialidade perversa que se alastra pela sociedade de forma crônica, quanto engendra estruturas problemáticas que se arraigam nas relações humanas.

Assim, no âmbito do Direito, vê-se a necessidade de descartar e substituir o modelo tradicional de resolução de conflitos implementado pelo Poder Judiciário diante da insuficiência de seus aparatos resolutivos de tratamento de conflitos pautados no binômio adversarial amigo/inimigo. Nessa perspectiva, em face da intersecção entre gênero, violência e conflito, percebe-se a imprescindibilidade de apresentar novas formas de tratamento de conflitos, como a justiça restaurativa que surge como uma possibilidade de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil que seja capaz de instaurar mecanismos resolutivos sob o conflito que, tanto desmantelem a estrutura patriarcal de reprodução da violência sob os corpos das mulheres, quanto firmem um elo comunicativo pautado na comunicação não-violenta no interior das relações sociais entre todas as significações de gênero integrantes do tecido social pluralista humano.

Doutro modo, na perspectiva da Psicologia, a problemática retoma contornos conflitivos no momento em que os mecanismos de enfrentamento e a rede de proteção à mulher se deparam com entraves na sua efetividade, deixando as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar à mercê de novos episódios de violência, sejam essas físicas ou psíquicas. Consequentemente, se personificar em objeto de constantes violências se constitui como algo traumático para o sujeito, o qual se vê imbuído por consequências catastróficas na sua saúde mental, ao passo que tal desdobra-se a partir de diversos sintomas e patologias. Assim, para que não ocorram maiores prejuízos à integridade e à saúde das mulheres, é necessário analisar as razões que inviabilizam o processo de enfrentamento à violência em face de seus corpos.

Diante disso, a partir da existência de pontos de intersecção em comum entre Psicologia e Direito, no que concerne ao enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, questiona-se: Quais são os limites e possibilidades da Justiça Restaurativa como forma de tratamento de conflitos nesse âmbito? À vista disso, para a realização da pesquisa, adota-se o método de pesquisa dedutivo, orientado por um procedimento bibliográfico. Assim, estuda-se, em um primeiro momento, sob a perspectiva transdisciplinar da psicologia, os obstáculos e a (in)efetividade das redes de proteção e dos mecanismos de enfrentamento a violência doméstica contra a mulher no cenário brasileiro. Posteriormente, numa segunda seção, sob a perspectiva do Direito, analisa-se a justiça restaurativa como forma de tratamento de conflitos que

envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher como possibilidade de transformação das relações humanas na sociedade complexa.

1 UM OLHAR TRANSDISCIPLINAR SOBRE OS OBSTÁCULOS E A (IN)EFETIVIDADE DAS REDES DE PROTEÇÃO E DOS MECANISMOS DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER NO BRASIL

> Não acredito que existam qualidades, valores, modos de vida especificamente femininos: seria admitir a existência de uma natureza feminina, quer dizer, aderir a um mito inventado pelos homens para prender as mulheres na sua condição de oprimidas. Não se trata para a mulher de se afirmar como mulher, mas de tornarem-se seres humanos na sua integridade. (Simone de Beauvoir).

É notável, tanto a incidência, quanto a repetição, incessante, de casos que envolvem violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, ao passo que mulheres se tornam vítimas de agressões nesse âmbito. Diante desse cenário preocupante, emerge uma questão fundamental, no que concerne aos obstáculos e entraves quando a (in)efetividade das redes de proteção e dos mecanismos de enfrentamento à violência contra a mulher. Assim sendo, questiona-se: O que leva a mulher a se submeter a um relacionamento abusivo? São diversas as respostas que tal indagação levanta, tendo em vista que estão indissociavelmente ligadas à subjetividade. Em outras palavras, de acordo com os aspectos biopsicossociais e a história singular de cada sujeito que determina suas motivações conscientes e inconscientes.

Sob a perspectiva da psicologia, é possível elencar variáveis recorrentes na história clínica dessas mulheres a partir das quais pode-se construir uma análise da existência de déficits estruturais que provocam entraves à efetivação dos mecanismos de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher. Portanto, a partir da experiência da prática clínica em psicologia, constata-se a imprescindibilidade de se realizar um estudo aprofundado dos modos como se tecem as relações sociais abusivas e seus respectivos desdobramentos, os quais se dão na subjetividade entre vítima e agressor, no sentido de que as redes de atendimento devem observar detalhadamente como se engendram as múltiplas facetas do fenômeno da violência perpetradas nessas relações em face dos corpos das mulheres.

Desse modo, observa-se que devido aos altos números de ocorrências registradas no Brasil, a violência contra mulher é um problema de saúde pública, que exige medidas efetivas que sejam capazes de potencializar esforços em prol do tratamento do conflito. A título conceitual, é cediço que o fenômeno da violência doméstica, provoca não apenas graves consequências quanto à integridade do sujeito, como também, forja o exercício da cidadania e dos direitos humanos. Ademais, a problemática em questão se perfectibiliza como um conflito social, por estar ligada a uma patológica ideologia de dominação, que coíbe os direitos de outrem em benefício próprio (NARVAZ; KOLLER, 2006).

À vista disto, as mulheres que se encontram nesse emaranhado conflitivo, restam imbuídas por relacionamentos pautados em um regime de poder e dominação em detrimento de seus corpos, ao passo que se tornam mais suscetíveis a um estado de vulnerabilidade e adoecimento, haja visto que se encontram em situação de perigo constante e estão locadas em um ambiente tóxico, qual seja o ambiente doméstico que deveria ser um espaço social saudável e de proteção, ou seja, o seu “lar, doce lar”. Outrossim, o fenômeno da violência afeta várias esferas corpóreas de suas vítimas, tais como: física, cognitiva, social, moral e afetiva. Portanto, além de restarem expostas as

mais variadas lesões corporais, estupros, ameaças de morte e feminicídios, constata-se que tornar-se objeto das múltiplas expressões de violências produz graves prejuízos à saúde mental das mulheres (FONSECA; LUCAS, 2006).

Diante desse emaranhado conflitivo problemático, encontra-se a incidência de patologias, como: a depressão, ansiedade, síndromes do pânico, estresse pós-traumático, fobias, quadros psicossomáticos, além de serem potencializados sintomas de transtornos como a bipolaridade e a personalidade de *borderline*. Assim, observa-se que o fenômeno da violência contra a mulher expõe a face mais perversa de sua manifestação pois causa diversas repercussões na saúde e na qualidade de vida das vítimas, tendo em vista que está associada a altos índices de suicídio, transtornos psiquiátricos, abuso de álcool e outras drogas, distúrbios gastrointestinais, cefaleias, etc. Logo, as manifestações de violência em detrimento dos corpos das mulheres, debilitam seu estado emocional, ao passo que provocam danos à autoestima, motivação e autoimagem feminina (AGUIAR, 2013).

Desse modo, cabe ressaltar um recorte da pesquisa de Paula Martinez da Fonseca e Tatiane Nascimento Souza Lucas, a qual reúne depoimentos de mulheres atendidas por uma Delegacia Especializada no Atendimento à Mulheres (DEAM):

> Quando há o desejo de se separar do marido, esta ideia vem sempre acompanhada por sentimentos de culpa e vergonha pela situação em que vive, por medo, impotência, debilidade, além dos mitos sociais que afirmam o prazer da mulher em apanhar. A partir dos depoimentos coletados, verificou-se que todas as mulheres, após tomada esta decisão, ainda enfrentavam uma situação de instabilidade ocasionada por ameaças de perder a casa, a guarda dos filhos e a realidade de sobreviver sozinha. Desta maneira, elas só tomam a decisão quando não têm mais alternativas e não suportam a dor (FONSECA; LUCAS, 2006, p. 14/15).

Em consonância com o supracitado, a partir da premissa de que, na maioria das vezes, as mulheres são vítimas de violência doméstica através de seus parceiros (agressores), perfectibilizado está o ciclo da violência doméstica quando tais mulheres restam na condição de adoecidas por um relacionamento afetivo/amoroso patológico e envoltas em um círculo vicioso de manipulação, agressões e promessas de transformação de comportamento (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2018). Por conseguinte, a repetição da violência é um traço característico dos casos de violência doméstica contra as mulheres. Desse modo, no que concerne à compulsão pela repetição da violência, percebe-se que as situações conflitivas vivenciadas por essas mulheres, constituem-se como traumáticas ao ego das mesmas, a qual repetem-se em uma tentativa inconsciente de elaboração pautadas numa necessidade de transformação inconsciente, ou seja, um "fazer diferente" da próxima vez (MACHADO, 2015).

Em razão disso, existem casos de violência doméstica, nos quais mulheres que sofreram ou presenciaram situações de violência doméstica na infância se envolvem em relações abusivas, inclusive produzindo uma repetição de perfil do primeiro agressor. Sabe-se que a violência física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, estão intimamente ligadas por uma linha tênue nos relacionamentos abusivos, produzindo um emanharado, do qual torna-se difícil se desvencilhar, devido ao ego já fragilizado da vítima. A incidência de eventos traumáticos, fragiliza o ego da vítima, ao passo que dificulta o rompimento do vínculo patológico com seu agressor. Ademais, "as escolhas são realizadas à mercê da compulsão à repetição, pois o aparelho psíquico não encontrou formas de se resguardar de repetidas invasões ao longo da vida" (COIMBRA, LEVY, 2015, p. 08).

Não raras vezes, as mulheres trazem em seus discursos, que já não sabem se o que vivenciam nos relacionamentos é normal ou doentio, relato que traduz não apenas casos em concreto e suas especificidades, mas também da constituição de um padrão social imposto pela estrutura patriarcal de controle e dominação em detrimento dos corpos das mulheres, ao passo que tal sistema reproduz uma lógica perversa que se assenta em terreno conflitivo, justamente para naturalizar o fenômeno da violência a partir dos abusos no âmbito doméstico e familiar. É perceptível que diante de todo o arsenal problemático da violência sobre os corpos das mulheres, o desejo pelo rompimento da relação perversa, os pedidos de socorro registrados nos boletins de ocorrência perante a autoridade policial.

É nesse particular que são observados múltiplos obstáculos e a inefetividade das redes de proteção e dos mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher no Brasil, produto de um sistema (social, cultural, jurídico e ético/moral), pautado em relações que perpetuam inconscientemente abusos, na qual a culpa sempre recai sobre a vítima. Retorna-se circunstâncias pelas quais levam tais mulheres a permanecerem em um relacionamento abusivo, pois seriam essas que a rede de proteção também deveria concentrar-se, ao passo que todo o rompimento de relação social é uma experiência conflituoso para qualquer indivíduo. A fragilidade emocional em consonância com as necessidades biopsicossociais da mulher, favorecem a retomada da relação conflituosa. Em outras palavras, a dependência financeira, divisão de bens, disputa de guarda dos filhos, medo do agressor, apego, submissão, sentimentos amorosos em relação ao agressor, estão entre os principais motivos que levam a permanência do relacionamento (CUNHA, 2018).

No cenário atual, segundo o Conselho Nacional de Justiça do Brasil, a rede de proteção à mulher conta com os serviços: das Delegacias Especializadas no atendimento à mulher (DEAM) (responsáveis pelas ações de prevenção, apuração, investigação e enquadramento legal), dos Juizados/Varas especializadas (responsáveis pelo processamento, julgamento e execução), dos Órgãos da Defensoria Pública (responsáveis pela prestação de assessoria jurídica gratuita), dos Serviços de Saúde Especializados para o Atendimento dos Casos de Violência Doméstica (contam com equipes multidisciplinares), das Coordenadorias de Violência contra à mulher (promovem ações para o combate à violência), das Casas-abrigo (oferecem um acolhimento seguro e sigiloso com atendimento psicossocial e jurídico), dos Centros de Referência de Atendimento à mulher (prestam acolhimento, orientação jurídica, psicológica e social), da Casa da mulher brasileira (integra e concentra no mesmo local diversos serviços especializados) (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

No entanto, a existência dos diversos serviços especializados no atendimento e combate à violência contra a mulher, demonstra o progresso quanto à problemática, contudo, tal estrutura ainda não abrange toda a cobertura territorial do país, haja visto que se está muito longe disso. Conforme dados disponibilizados pela Agência Brasil, apenas 8,3% dos municípios contam com a Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher, sendo que os índices dos outros serviços ainda menores. Não obstante, os investimentos federais quanto às políticas públicas para mulheres, cada vez mais têm sido diminuídos nos últimos anos. Doutro modo, diante do déficit estrutural e das defasagens quanto à efetividade das redes de proteção e dos mecanismos de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher, é possível compreender que as denúncias de agressões registradas nos boletins de ocorrência se personificam em um pedido de socorro (AGÊNCIA BRASIL, 2019).

Contudo, para que o arsenal protetivo em prol das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar se efetive, não basta apenas o afastamento do agressor imposto pelos aparatos jurídicos de proteção, mas todo o amparo psicossocial pautado

no bem-estar e na superação do período traumático para a mulher, haja visto que ela se encontra, na maioria das vezes, em situação de vulnerabilidade (psíquica e/ou social). Assim, considera-se as especificidades que levariam a vítima a permanecer no relacionamento e desenvolver formas de tratamento de conflitos que sejam capazes de superar e transformar as relações sociais de tais mulheres. Diante de todo o exposto, no que concerne a imprescindibilidade de transformar situações conflitivas, destaca-se formas de tratamento de conflitos como a justiça restaurativa.

Na perspectiva de Charlise Paula Colet Gimenez, no que se refere as apostas nas formas alternativas de tratamento de conflitos na sociedade brasileira:

> A sociedade atual é voltada a um processo de construção e de ampliação do espaço público compreendido como espaço da realidade comum a todos e no qual é viável a construção/reconstrução da cidadania. Assim, verifica-se a necessidade de interlocução com todos os segmentos da sociedade civil e com os Estados, Municípios e Governo Federal, a fim de que uma nova forma de tratar conflitos seja consolidada por meio de mecanismo de políticas públicas que promovam a inclusão social (GIMENEZ, 2012, p. 6073).

Sobretudo, sob a ótica restaurativa, destaca-se a possibilidade de serem implementadas estratégias de tratamento de conflitos que vão ao encontro do Plano Terapêutico Singular utilizado na Rede Pública de Saúde, no qual uma equipe multidisciplinar discute o caso de determinado indivíduo, família ou grupo e a partir disso, articula um conjunto de condutas terapêuticas para a vítima da violência (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2008). Em suma, a justiça restaurativa como forma de tratamento de conflitos é pautada no entendimento da especificidade de cada caso em concreto, ao passo que é capaz de instaurar mecanismos resolutivos sob o conflito em questão que, tanto desmantelam a estrutura patriarcal que tanto contribui para a violência em face das mulheres, quanto possibilita o estabelecimento de um elo comunicativo de diálogo pelo entendimento pautado na comunicação não-violenta em prol de uma cultura de paz perante a complexidade das relações sociais.

2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FORMA DE TRATAMENTO DE CONFLITOS E POSSIBILIDADE DE TRANSFORMAÇÃO DAS RELAÇÕES HUMANAS NA SOCIEDADE COMPLEXA

> Quando ligo o rádio e ouço que, na América, os pretos são linchados, digo que nos mentiram: Hitler não morreu; quando ligo o rádio e ouço que os judeus são insultados, desprezados, massacrados, digo que nos mentiram: Hitler não morreu; quando ligo enfim o rádio e ouço que na África o trabalho forçado está instituído, legalizado, digo que, na verdade, nos mentiram: Hitler não morreu (CÉSAIRE apud FANON, 2008, p. 88).

É cediço que ao observar a dinâmica da sociedade periférica brasileira, percebe-se que o fenômeno da violência de gênero se manifesta em detrimento dos corpos das mulheres de forma crônica e é presente em todos os momentos históricos. Assim, na realidade do Brasil, permite constatar que o contexto de vivências em que a mulher habita é terreno conflitivo fértil para a proliferação da violência de gênero e suas múltiplas facetas, no sentido de que a mulher é locada em uma posição vulnerável e exposta as mais diversas formas de manifestações violentas, motivo pelo qual justifica-se a necessidade de se perfectibilizar novas formas de tratamento de conflitos e transformação das relações humanas como a justiça restaurativa diante da complexidade da sociedade atual em prol de uma cultura de paz e de uma sociedade mais democrática.

Destarte, perante a imprescindibilidade de que a mulher empreenda um movimento de empoderamento e emancipação em detrimento da relação sedimentada, principalmente, pela dominação do masculino pelo sentimento afetivo, a justiça restaurativa considera as especificidades da operacionalização da violência de gênero sob os corpos das mulheres e produz uma resposta ecológica ao respectivo conflito. Do mesmo modo, a justiça restaurativa conduz a transformação do conflito pelo caminho não-aflitivo, ao passo que promove a ascensão de tratamentos de conflitos de forma autocompositiva, haja visto que propõe a harmonização dos vínculos entre as partes envolvidas no liame conflitivo. Assim, "a ideia refletida pelo modelo restaurativo é um procedimento baseado no consenso, no qual as partes enquanto sujeitos centrais participam coletiva e ativamente na construção de alternativas" (GIMENEZ, 2012, p. 6064).

De acordo com o pensamento de Charlise Paula Colet Gimenez sobre a Justiça Restaurativa como forma de tratamento de conflitos sociais:

> A Justiça Restaurativa assume relevância na condição de matriz teórica a partir da qual é possível um novo modelo de justiça, mas também de uma filosofia e de uma cultura, eis que cada um é capaz de captar a mesma imagem sob ângulos e perspectivas diferentes e produzir resultados completamente diferentes, opondo-se ao etiquetamento social, visto que a seletividade somente reproduz o senso comum majoritário, punindo-se as condutas desviantes sob uma perspectiva apenas, a dominante (GIMENEZ, 2012, p. 5056).

Ademais, é cediço que "os seres humanos demonstram, entretanto, maior habilidade para se envolver em conflito do que para lidar com eles" (FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 48). Assim, a violência de gênero contra a mulher é uma crescente fértil, motivo pelo qual ocorre, justamente, de acordo com a condição que culturalmente foi imposta à mulher. Por conseguinte, o sistema patriarcal de domínio e exploração de vidas humanas povoou o cotidiano da humanidade ao engendrar padrões sociais do que seria o "seu devido lugar". A perpetuação dessa lógica é pautada na ideia de que "a humanidade é masculina e o homem define a mulher não em si, mas relativamente a ele" (BEAUVOIR, 2016, p. 10).

Logo, "[...] é possível perceber que a disciplina e a normatização dos comportamentos dos corpos femininos mantêm um caráter durável da naturalização da opressão, sendo um significativo meio simbólico de transmissão da cultura" (ANGELIN; MARTINS, 2015, p. 125-126). Diante disso, considera-se que o fenômeno da violência seja compreendido como a existência de categorias de caráter intolerante sob os corpos das vítimas. Por consequência, no cenário brasileiro, houve a adesão à Tratados e Convenções Internacionais e a criação de uma multiplicidade legislativa pautadas na proteção dos direitos das mulheres, como a Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha). Em suma, a aderença a tais diplomas legais foi constituída como possibilidade jurídica de combater a violência de gênero contra a mulher, ao passo que tanto contribuem para o reconhecimento das especificidades das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, quanto estimulam a desconstrução da naturalização e da manutenção da cultura do conflito.

Nesse sentido, Vera Regina Pereira de Andrade refere sobre a construção social do gênero nas relações sociais:

> A construção social do gênero se processa pela atribuição dicotômica e hierarquizada de predicados aos sexos, em cuja bipolarização não apenas são opostas qualidades masculinas às femininas, mas estas são inferiorizadas: racional/ emocional, objetivo/ subjetivo, concreto/ abstrato, ativo/ passivo,

> força/ fragilidade, virilidade/ recato, trabalho na rua/ no lar, público/ privado. O polo ativo é representado pelo homem-racional-ativo-forte-guerreiro-viril-trabalhador-público, o polo passivo é representado pela mulher-emocional-passiva-fraca-impotente-pacífica-recatada-doméstica (ANDRADE, 2004, p. 84).

À vista disto, a Justiça Restaurativa como forma de tratamento de conflitos e transformação das relações humanas é pautada na Comunicação não-violenta (CNV) e é uma possibilidade contributiva no que se refere à concretização de uma política de cidadania e fomento a uma cultura de paz diante da violência de gênero contra a mulher no Brasil. Sobretudo, a "[...] a CNV serve como recurso valioso para comunidades que enfrentam conflitos violentos ou graves tensões de natureza étnica, religiosa ou política" (ROSENBERG, 2006, p. 31). Outrossim, a justiça restaurativa atinge os pressupostos de déficit estrutura "e necessidade da tutela penal, de tal forma que o resultado seria a renúncia à tutela, seja pela satisfação da vítima, pela reparação do dano ou pelo alcance das finalidades preventivas, derivado da estabilização das expectativas normativas" (SICA, 2007, p. 78).

Na mesma linha, Charlise Paula Colet Gimenez estabelece compreensões sobre os modelos de justiça restaurativa:

> Estes mecanismos, além de constituírem-se em um novo paradigma de justiça, mais consensualista, participado, conciliatório e preocupado com as consequências materiais e emocionais imediatas da ofensa nas pessoas atingidas, apresentam-se como respostas às dificuldades conjunturais e estruturais sentidas pelo sistema judicial, utilizando formas alternativas de realização da justiça e, por conseguinte, dos valores de dignidade humana e cidadania plena (GIMENEZ, 2012, p. 6065).

Sendo assim, de acordo com os movimentos interacionais conflitivos no cerne das relações sociais, a justiça restaurativa pode ser uma possibilidade no âmbito do direito de promover formas de entender o conflito a partir do diálogo, ao passo que se utiliza de métodos e técnicas não-violentas que provoquem em cada um uma "diferença, ou seja, inscrever a diferença no tempo como produção do novo. O conflito como uma forma de inclusão do outro na produção do novo: o conflito como outridade que permita administrar, com o outro, o diferente para produzir a diferença" (WARAT, 2004, p. 61). Em suma, constata-se que a justiça restaurativa é capaz de encontrar o "segredo do outro para descobrir os efeitos internos do que o afeta" (WARAT, 2004, p. 62).

Por derradeiro, Marshall Rosenberg afirma sobre a técnica da comunicação não-violanta:

> A CNV nos ajuda a nos ligarmos uns aos outros e a nós mesmos, possibilitando que nossa compaixão natural floresça. Ela nos guia no processo de reformular a maneira pela qual nos expressamos e escutamos os outros, mediante a concentração em quatro áreas: o que observamos, o que sentimos, do que necessitamos, e o que pedimos para enriquecer nossa vida. A CNV promove maior profundidade no escutar, fomenta o respeito e a empatia e provoca o desejo mútuo de nos entregarmos de coração. Algumas pessoas usam a CNV para responder compassivamente a si mesmas; outras, para estabelecer maior profundidade em suas relações pessoais [...] (ROSENBERG, 2006, p. 32).

Partindo de tais premissas, pode-se concluir que a justiça restaurativa "tem a pretensão de demarcar a fronteira da penalidade numa perspectiva mais humanista, menos inflexível e centrada na participação popular na administração da justiça"

(SICA, 2007, p. 80). Contudo, sabe-se que o acesso à cidadania das mulheres é prejudicado porque as vítimas da violência de gênero restam sucumbidas por situações traumáticas ocasionadas pelo conflito, no sentido de que a violência é capaz de "perpetrar e cristalizar os estereótipos de gênero, fomentando a desigualdade nas relações de poder entre homens e mulheres. É a desigualdade dessas relações de gênero que gera um ambiente propício às situações de violência" (SOUZA; ADESSE, 2005, p. 38/39).

Ademais, compreende-se que "a Justiça Restaurativa almeja, a partir do processo cooperativo, o envolvimento de todas as partes interessados na determinação da melhor solução ao conflito e reparação do dano causado" (GIMENEZ, 2012, p. 6061). À vista disto, "a Justiça Restaurativa busca promover a inclusão da vítima e do ofensor a partir de comunidades de assistência, permitindo, desta forma, que as partes diretamente envolvidas ou afetadas possam participar de processos colaborativos, cujo objetivo se dá na redução do dano ao mínimo possível" (GIMENEZ, 2012, p. 6058). Sobretudo, a partir da existência de pontos de intersecção em comum entre Psicologia e Direito, no que concerne ao enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, constata-se que a Justiça Restaurativa resplandece no cenário social como uma forma de tratamento de conflitos nesse âmbito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É cediço que se personificar em objeto de constantes violências se constitui como algo traumático para as mulheres, motivo pelo qual se vêm imbuídas por consequências catastróficas na sua existencialidade humana, ao passo que tal movimento forjador desdobra-se a partir de diversos sintomas e patologias, tanto biológicas (depressão, ansiedade, síndrome do pânico, etc.), quanto sociais (exclusão, violência, desigualdade de gênero, etc.). Diante disso, considera-se que o fenômeno da violência de gênero seja compreendido como a existência de categorias de caráter intolerante que ferem todos os âmbitos da integridade de suas vítimas.

Por consequência, no cenário brasileiro, houve a adesão à Tratados e Convenções Internacionais e a criação de uma multiplicidade legislativa pautadas na proteção dos direitos das mulheres, como a Lei nº 11.340/2006 (mais conhecida como Lei Maria da Penha). Em suma, a aderença a tais diplomas legais foi constituída como possibilidade jurídica de combater a violência de gênero contra a mulher, ao passo que tanto contribuem para o reconhecimento e proteção legal das especificidades das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, quanto estimulam a desconstrução da naturalização e da manutenção da cultura do conflito/litígio.

Dessa forma, a Justiça Restaurativa surge como uma possibilidade de enfrentamento à violência doméstica contra a mulher no Brasil, ao passo que é capaz de instaurar mecanismos resolutivos sob o conflito que, tanto desmantelem a estrutura patriarcal de reprodução da violência sob os corpos das mulheres, quanto firmem um elo comunicativo pautado na comunicação não-violenta no interior das relações sociais entre todas as significações de gênero integrantes do tecido social pluralista humano da sociedade complexa. Em adição, observa-se que a Justiça Restaurativa é um mecanismo de concretização da cidadania e efetivação dos direitos humanos das mulheres, motivo pelo qual promove uma sociedade mais democrática e a ascensão de uma cultura de paz no interior das relações sociais.

Destarte, perante a imprescindibilidade de que a mulher empreenda um movimento de empoderamento e emancipação diante da relação sedimentada, principalmente, pela dominação do masculino pelo sentimento afetivo, a justiça restaurativa considera as especificidades perversas da operacionalização da violência

de gênero sob os corpos das mulheres e produz uma resposta ecológica ao respectivo conflito. Do mesmo modo, a justiça restaurativa conduz a transformação do conflito pelo caminho não-aflitivo, ao passo que promove a ascensão de tratamentos de conflitos de forma autocompositiva, haja visto que propõe a harmonização dos vínculos entre as partes envolvidas no liame conflitivo.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Em 91,7% das cidades do país, não há delegacia de atendimento à mulher. 2019**. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2019-09/em-917-das-cidades-do-pais-nao-ha-delegacia-de-atendimentomulher#:~:text=Na%20maioria%20das%20cidades%20brasileiras,Geografia%20e%20Estat%C3%ADstica%20(IBGE). Acesso em: 11 jul. 2020.

AGUIAR, Ricardo Saraiva. O cuidado de enfermagem à mulher vítima de violência doméstica. **Revista de Enfermagem do Centro Oeste Mineiro**, 2013.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A soberania patriarcal:** O Sistema de Justiça Criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 1, n. 137, abr. 2004. Disponível em: Acesso em: 05 abr. 2018.

ANGELIN, Rosângela. MARTINS, Paulo Adroir Magalhães Martins. **Cultura da violência contra os corpos das mulheres:** Do feminicídio aos Direitos Humanos. 2017. Disponível em: http://www.en.wwc2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1497545052_ARQUIVO_ACULTURADAVIOLENCIACONTRAOSCORPOSDASMULHERES.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo:** fatos e mitos. 3ª edição. Volume 1. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
BRASIL. Ministério da Saúde (MS). **Política Nacional de Humanização. Clínica Ampliada, equipe de referência e projeto terapêutico singular**. 2ª ed. Brasília: MS; 2008.

COIMBRA, José César; LEVY, Lídia. A violência contra a mulher, o trauma e seus enunciados: o limite da justiça criminal. In: **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 9, n. 2, p. 22, 2015. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/16041/14330. Acesso em: 07 jul. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 2016. **CNJ Serviço**: Conheça a rede de proteção à mulher vítima de violência. Disponível em:https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-conheca-a-rede-de-protecao-a-mulher-vitima-de-violencia/. Acesso em: 07 jul. 2020.

CUNHA, Jessica Rodrigues da. **Violência doméstica contra a mulher na relação conjugal**. UNIFAAT Atibaia, SP, 2018.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FONSECA, Paula Martinez da. LUCAS, Tatiane Nascimento Souza. **Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas**. 2006. Disponível em:http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf. Acesso em: 07 jul. 2020.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. **A justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflitos**. 2012. Ano 1. Nº 10. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/jr_instrumento_de_paz_social.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

MACHADO, Marta Rodriguez de A. (Coord.). **A violência doméstica fatal**: o problema do feminicídio íntimo no Brasil (Secretaria de Reforma do Judiciário, Ed.). Brasília: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/publicacao_feminicidio.pdf/. Acesso em: 07 jul. 2020.

NARVAZ, Martha Giudice. KOLLER, Silvia Helena. Mulheres vítimas de violência doméstica: Compreendendo subjetividades assujeitadas. In: **Revista PSICO**, Porto Alegre, PUCRS, v. 37, n. 1. p. 7-13. Jan, 2006. Disponível em: https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistapsico/article/view/1405/1105. Acesso em: 07 jul. 2020.

ROSENBERG, Marshall. **Comunicação não-violenta**: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoas e profissionais. São Paulo: Ágora, 2006.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal**: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2007.

SOUZA, Cecília de Melo; ADESSE, Leila. **Violência sexual no Brasil**: perspectivas e desafios, Brasília. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. 2005.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o Ofício do Mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

20
LEI E ORDEM COMO CONSEQUÊNCIA DA EXPANSÃO DA CRIMINALIDADE E DA CULTURA PUNITIVISTA NO BRASIL

Gabriela Somenzi[1]
Andrey Henrique Andreolla[2]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo verificar se o movimento Lei e Ordem está presente no Brasil ou não, bem como se as medidas tomadas pelo governo são capazes, de forma eficiente, resolver o problema da criminalidade no país. Para responder a essa pergunta, por meio de entendimentos doutrinários, primeiramente, verificar-se-á que o direito penal brasileiro apresenta características de um sistema penal simbólico. Além disso, analisar-se-á a origem e as características do movimento Lei e Ordem, visando compreendê-lo, e assim, compará-lo com as medidas adotadas pelo Brasil no tocante ao combate à criminalidade, em especial por meio da análise da reforma legislativa oriunda da Lei 13.964/2019. Por fim, conclui-se que a Lei Anticrime, em alguns aspectos, se encaixa no movimento Lei e Ordem, e que, portanto, o Brasil adere a esse movimento, por fixar o entendimento de que o direito penal é a única forma de combater a criminalidade, e que para isso devem-se estabelecer penas mais graves. Dessa maneira, diante de um problema tão complexo, percebe-se que esse movimento deve ser afastado, e, portanto, é necessário que se busque outras medidas mais eficazes para que se concretize a diminuição da criminalidade.

Palavras-chave: Anticrime. Direito. Lei. Ordem. Penal.

---

[1] Acadêmica do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. gabrielasomenzi6@gmail.com.
[2] Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. andreyandreolla@uricer.edu.br.

INTRODUÇÃO

A Lei 13.964 que entrou em vigor em janeiro de 2020, trouxe algumas alterações na legislação penal, com o intuito de conter a criminalidade no Brasil. Dentre as mudanças legislativas, destaca-se as alterações no Código Penal e nas Leis Especiais Penais, as quais tiveram como objetivo, cominar penas mais graves aos tipos penais, além de adicionar mais alguns delitos ao rol dos crimes hediondos.

Diante deste fato, muitas críticas surgiram frente à nova disposição legal, isso porque, a Lei Anticrime, objetivando uma diminuição da violência, trouxe como medidas, a utilização do direito penal, aplicando este ramo para apenas agravar as penas. Sendo assim, o país, diante de uma cultura punitivista, tenta resolver o problema da criminalidade usando o sistema penal como o único instrumento de política criminal, e diante desta postura, as medidas tomadas pelo governo, chamam atenção para o movimento Lei e Ordem.

Dessa forma, tendo em vista o impasse existente, o referido trabalho visa analisar a origem e as características do movimento Lei e Ordem, para que assim, seja possível sanar esta dúvida, qual seja, se aquele movimento está presente no Brasil, diante da inovação legislativa trazida pela Lei Anticrime ou não? Se sim, a estratégia utilizada para minimizar a criminalidade no país, é a medida mais eficaz?

Responder esta dúvida é de suma importância, uma vez que, diante de um cenário de altas taxas de criminalidade, saber como e quais são as medidas que estão sendo utilizadas para combater esse impasse, por meio de entendimentos doutrinários e posicionamentos de profissionais que vivenciam esta situação, é imprescindível para se buscar a melhor forma para combater a violência.

Portanto, este trabalho, busca inicialmente, fazer uma breve análise do direito penal brasileiro, e como este está sendo aplicado em relação à criminalidade existente no país. Em seguida, analisar-se-á o movimento Lei e Ordem, para que se possa melhor compreendê-lo. Para isso, será feito uma análise em relação à história, as características, e como este movimento se manifesta.

Por fim, verificar-se-á a Lei Anticrime e suas alterações ao Código Penal e Leis Especiais Penais, para que se possa verificar a presença ou não do movimento Lei e Ordem no Brasil. Ademais, diante dessa análise, será possível perceber quais são as medidas reais e eficazes para conter o avanço da criminalidade.

1 DIREITO PENAL COMO A ÚNICA ESTRATÉGIA DE POLÍTICA CRIMINAL PARA O COMBATE À CRIMINALIDADE

Desde a origem das primeiras sociedades, o direito penal já se fez presente, sendo considerado um instrumento de controle social, capaz de manter a ordem em social, usando-se da punição como forma de coação e castigo. Ademais, com a complexidade das sociedades, e por conseguinte, o aumento dos conflitos, sendo estes cada vez mais violentos, o direito penal passou a ser um sistema político do Estado Soberano, passando a ser este o responsável pelo *ius puniendi*, afastando a autotutela, e se tornando o responsável pela organização dos indivíduos pertencentes àquela sociedade.

Segundo Bitencourt (2012), os Estados passaram a usar o direito penal de duas formas, a primeira de maneira autoritária ou totalitária, impondo um sistema jurídico para a punição dos inimigos, e a segunda, na sua concepção democrática, sendo o direito penal um instrumento de controle social, estando em conformidade com as regras e princípios legitimados pela sociedade.

Portanto, com a promulgação da constituição de 1988, nota-se que ao direito penal brasileiro foi concedido caráter democrático, afinal, o Estado exerce o seu *ius puniendi,* de acordo com as regras que nasceram da vontade do povo, e principalmente através de princípios, que limitam a atuação do Estado. Porém, com o atual cenário brasileiro, estigmatizado pelas altas taxas de criminalização, pois conforme as pesquisas realizadas pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2019, o número registrado de homicídio foi de 57.341, os casos informados de violência sexual foram de 66.041, além de 1.206 vítimas de feminicídio, bem como 490.956 casos de roubo ou furto de veículos, percebe-se que este instrumento de controle social não consegue sozinho manter a ordem, entretanto, o Estado, na ânsia de resolver esse impasse, adota medidas penais mais graves, as quais violam o caráter democrático do direito penal.

Nesse sentido, é importante destacar a existência de duas categorias do direito penal, a emergencial e a simbólica:

> O Direito Penal de Emergência, cria normas de repressão, afastando-se, não raras vezes, de seu importante caráter subsidiário e fragmentário, assumindo feição nitidamente punitivista, ignorando as garantias do cidadão. Esquecendo a real missão do Direito Penal, o legislador atua pensando (quase que apenas) na opinião pública, querendo, com novos tipos penais e/ou aumento de penas e restrições de garantias, devolver para a sociedade a (ilusória) sensação de tranquilidade. Permite a edição de leis que cumprem função meramente representativa, afastando-se das finalidades legítimas da pena, campo fértil para um Direito Penal Simbólico (CUNHA, 2016, p. 37-38).

Logo, o direito penal simbólico é oriundo da crescente ocorrência de crimes, gerando no indivíduo a sensação de insegurança, fazendo com que este passe a desejar medidas de repressão mais rígidas por parte do Estado. Dessa maneira, o legislador esquece a real missão do direito penal, passando a levar em conta quase que somente a opinião pública, e, tomado pelo desespero da sociedade, acaba por ignorar os princípios do direito penal, adotando um caráter penal emergencial, através da elaboração de normas extremamente rígidas, bem como pela extinção de garantias. Assim, o legislador, acaba elaborando tão somente normas penais utópicas, que não serão capazes de resolver o problema, mas só o prolongará, dando temporariamente à população um sentimento de eficácia do Estado.

Nesse sentido, afirma o Ministro do STF, Gilmar Mendes (2015, não paginado):

> Não é incomum, aqui e em outros países, a chamada legislação simbólica. Em face do clamor público atiçado por algum crime grave, lança-se mão da fórmula mágica: "vamos aumentar a pena desse crime"; "vamos transformar a corrupção em crime hediondo" e assim por diante, sem se atentar para o fato, cada vez mais evidente, de que medidas dessa natureza pouco ou nada contribuem para a superação desse quadro.

Essa estratégia criminal é uma realidade no Brasil, isso porque, as medidas de política criminal, adotadas pelo Estado para a diminuição da criminalidade consistem, basicamente, na utilização do direito penal por meio do aumento da rigidez das punições, da diminuição de garantias, e do aumento das forças de repressão.

Ligando-se a este fato supracitado, é importante destacar o posicionamento do delegado Bento Maciel Filho (2015, não paginado):

> De fato, como o Poder Público não vem conseguindo baixar os índices de violência, a profunda alteração do nosso sistema penal vem sendo apresentada à sociedade como a (única) saída para solucionar o problema. Porém, é bom deixar claro, desde logo, que o Direito Penal e Processual Penal não podem ser

> vistos como a panacéia de todos os nossos males.

Obviamente que, o direito penal, nesse sentido, pode ser usado como um instrumento de controle social e ordem, afinal, se faz necessário a presença da punição de condutas violadoras de bens jurídicos alheios, não só como uma forma de castigo, mas principalmente de coação, fazendo com que o indivíduo entenda que a realização de delitos gerará consequências. Porém, o problema não está se referindo a este ponto, mas sim, no sentido de que, demais políticas de prevenção à criminalidade estão sendo esquecidas.

Essa forma de política criminal, na verdade, apenas demonstra o real objetivo do Estado, qual seja aumentar o alcance do direito penal, reduzindo gastos, uma vez que "reprimir é muito mais econômico que buscar a prevenção por outros recursos" (DE BEM; MARTINELLI, 2018, p. 56). Portanto, o mais importante é evitar que o crime aconteça, afinal, não tem sentido algum, aumentar a pena de um determinado crime, mas nada se fazer para evitá-lo, assim, o Estado deve usar outras formas de políticas criminais, que consigam resolver o problema desde a raiz.

No entanto, não é fácil modificar essa ideologia presente entre os brasileiros e os próprios governantes, afinal a criminalidade tem aumentado:

> Entre 1940 a 2015, houve no Brasil mais de 150 reformas penais, muitas delas tornando as leis mais duras, porém, os índices de criminalidade e violência ainda continuam elevados. Diante deste cenário, dentre 185 países, o Brasil figurou como o 12º país mais violento do planeta, segundo levantamento do Instituto Avante Brasil divulgado em 2015 (TAVARES, 2016, p. 230).

Como visto, diante das altas taxas de criminalidade, o país passou a tomar algumas providências, reformando leis, fazendo nascer mais tipos penais e aumentando penas. Desta forma, percebe-se que as medidas do governo acabaram deixando de lado as formas de evitar a criminalidade, esquecendo-se de outros ramos do direito, ou então de outros setores que seriam capazes, de forma mais eficiente, amansar esse cenário de violência.

Diante disso, é preciso relembrar que o direito penal brasileiro é democrático, e, assim, deve ser utilizado com certos limites, porém, alguns princípios, os quais possuem esse papel, acabam sendo violados. Dentre eles pode-se destacar o princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Segundo afirma Greco (2014), o princípio da fragmentariedade consiste na ideia de que, o direito penal, tem como função tutelar os bens jurídicos mais importantes, imprescindíveis para o indivíduo e a vida em sociedade, ou seja, ele deve se responsabilizar por apenas um fragmento dentre todos os bens jurídicos existentes, tutelando apenas aqueles considerados fundamentais, e reprimindo as violações mais graves.

Por sua vez, de acordo com o princípio da subsidiariedade, o direito penal só deve ser usado em casos excepcionais, ou seja, somente quando for necessário, não tendo outro ramo do direito, ou outra área, que seja capaz de resolver o impasse, isso porque, segundo o princípio da intervenção mínima, o direito penal é um dos ramos mais violentos, e só pode ser usado quando a conduta que se busca punir é mais violenta do que a própria punição. Nesse sentido:

> Sendo o direito penal o mais violento instrumento normativo da regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir do cidadão deve ser ele minimamente utilizado. Numa perspectiva político-jurídica, deve-se dar preferência a todos os modos extrapenais de solução de conflitos. A repressão penal deve ser o último

> instrumento utilizado, quando já não houver mais alternativas disponíveis (COPETTI, 2000, p. 87).

Portanto, evidente que o direito penal, apesar de importante, deve ser utilizado com cautela e somente quando necessário, uma vez que a utilização do direito penal como único instrumento de política criminal vai ao encontro dos princípios supracitados, descaracterizando a função daquele ramo do direito, pois o seu uso deve se dar de maneira secundária, isto é, quando as demais formas de controle e política criminal falharem na prevenção de delitos.

Isto porque:

> Embora desempenhe um papel no processo de convivência entre os indivíduos, o sistema penal tem importância apenas secundária ou, residual, pois só atua diante do fracasso dos instrumentos informais de controle. Advogar que o direito penal é o único meio para enfrentar a criminalidade é um grande equívoco (DE BEM; MARTINELLI, 2018, p. 55).

Em suma, o aumento da criminalidade no Brasil levou o país a tomar algumas medidas, as quais consistiram, basicamente, na utilização do direito penal, ocasionando o aumento da rigidez das leis e da punição, juntamente a ideologias favoráveis ao aumento das forças de repressão, e violação de princípios fundamentais que servem para estabelecer um limite no exercício do *ius puniendi*. Logo, esse conjunto de fatos, recorda um dos movimentos de política criminal da modernidade chamado Lei e Ordem. Assim, se faz necessário primeiramente, discorrer sobre o que consiste este movimento, para que só depois seja possível verificar se esse movimento está presente no país.

2 MOVIMENTO LEI E ORDEM: A ORIGEM E ALGUMAS PERCEPÇÕES

O Movimento Lei e Ordem surgiu nos Estados Unidos, nos anos 70, como resposta ao aumento da criminalidade no país. Um dos primeiros Estados a aderir a esse movimento foi Nova York, o qual, segundo Grisa (2016), entre 1970 a 1975 viu o número de assaltos e homicídios triplicar. Desta forma, pouco a pouco, essa ideia foi se alastrando dentre os Estados norte-americanos, repercutindo até mesmo em outros países, trazendo consigo, a convicção de que, aumentar as punições seria a forma mais eficaz para manter a ordem e atingir os objetivos da sociedade.

Nesta época, buscou-se "o aumento das penas privativas de liberdade, bem como, medidas punitivas mais severas, incapacitadoras e mesmo a pena de morte para delinquentes perigosos e reincidentes." (FERREIRA, 2010, p. 1120).

Ademais, na década de 90, ainda nos Estados Unidos, esse movimento passou a ser adotado por Rudolph Giuliani, prefeito liberal de Nova York, passando a adotar uma das características mais marcantes da Lei e ordem, a tolerância zero:

> No início da década de 1990, o novo Prefeito republicano da cidade de Nova York, Rudolph Giuliani, lançou a campanha de policiamento conhecida por "Tolerância Zero", voltada para o combate das desordens de rua e dos pequenos infratores, encarnada pelo notório "lavador de carro". Nova York logo se tornou uma vitrine para uma agressiva abordagem da aplicação da lei (WACQUANT, 2012, p. 7).

Logo, diante deste recorte histórico, é possível perceber que os Estados Unidos, como resposta às altas taxas de criminalidade, investiram no seu poder de punir, o tornando cada vez mais forte. Assim, o Estado passou a extrapolar essa força, e

começou a punir a infração mais grave até a mais leve com o mesmo rigor. Dessa forma, construiu-se a ideia da tolerância zero, a qual fixa o entendimento de que o correto é reprimir com a mesma intensidade as grandes e pequenas infrações, extinguindo a proporcionalidade do crime.

Diante deste fato, esse movimento ganhou muita repercussão no país norte-americano, pois foi nesta época que as taxas de criminalidade caíram consideravelmente, principalmente em Nova York. No entanto, segundo Lopes Júnior (2001), essa medida nada mais foi que uma propaganda enganosa, afinal, não foi exatamente o movimento Lei e Ordem o gerador da diminuição de violência nos Estados Unidos, mas sim, o *boom* econômico que atingiu todo o país, aumentado a qualidade de vida e diminuindo as taxas de desemprego.

Todavia, o movimento ganhou fama, e passou a se alastrar por todo o mundo, começando pela Europa Ocidental:

> Na Europa Ocidental esse modelo chegou através da Grã-Bretanha que, por exemplo, ao longo dos anos 90, também com intuito de reprimir condutas criminosas, passou a adotar uma política extremamente punitiva. O Ministro do interior, Michael Howard, mostrou claramente sua intenção de adotar um regime carcerário mais rígido, adotar prisões "de choque" e votar leis mais severas quanto ao sistema prisional etc. (MACHADO, 2006, p. 448).

Diante disso, nota-se que esse movimento se alastrou facilmente, sendo que o motivo dessa repercussão mundial pode ser explicada por meio da própria adesão por parte da população. Obviamente que, diante de um cenário de insegurança, o cidadão passou a clamar por mudanças, e por este motivo, passou a exigir do Estado medidas capazes de solucionar o impasse da forma mais rápida possível. Para isso, o Estado, passou a adotar a punição severa e sem proporcionalidade, imaginando ser uma medida mais fácil e rápida de resolver o problema, enquanto o povo consentiu com esta medida, afinal, por ser vítima constante da violência, acabou por desejar esta, como a única solução.

2.1 OS MEIOS DE MANIFESTAÇÃO DA LEI E ORDEM

Para que se possa compreender melhor o movimento Lei e Ordem, e assim, entender o motivo pelo qual passou a ser adotado em diversos países, como um instrumento de política criminal, objetivando o combate à violência, faz-se necessário saber como o movimento se manifesta. Diante disso, primeiramente, é preciso diferenciar a criminalização primária da criminalização secundária:

> Eugênio Raul Zaffaroni e Nilo Batista vão explicar que a criminalização primária é o ato e o efeito legislativo de elaborar e posteriormente sancionar uma lei penal material ou processual penal, que possibilitam a incriminação ou permitem a punição de certas pessoas em determinadas condutas, tidas como criminosas. A criminalização secundária é a ação do poder punitivo que ocorre quando as agências estatais detectam as pessoas que tenham praticado certa conduta descrita na criminalização primária (FERREIRA, 2010, p. 1118).

Logo, a criminalização primária é oriunda da atuação do legislador, o qual positiva no texto legal a descrição de uma determinada conduta humana, passando a incriminá-la e permitindo a punição do indivíduo. Diante disso, pode-se perceber que a criminalização primária é uma das ferramentas de manifestação do movimento Lei e Ordem, isso porque, tanto a sociedade como os próprios legisladores, criaram uma cultura punitivista, acreditando que, uma das formas de refrear a criminalidade, é a

criação de novos tipos penais, ou então, a cominação de penas mais rígidas.

Outrossim, é importante destacar que, conter a criminalidade é um dever do Estado, sendo um caminho árduo e vagaroso. No entanto, é natural que os governos sejam pressionados pelo seu povo, os quais estes, exigem seus direitos à segurança e ao fim da violência. Dessa forma, o Estado utiliza-se da positivação de leis mais rígidas, não porque essa seria a verdadeira solução, mas pelo fato desta medida ser mais fácil e rápida, capaz de despertar no cidadão certa satisfação.

Nesse sentido, Mendes (2011, p. 78), aduz que: "através da edição de leis penais, e a construção de novos presídios, justificado pela busca de segurança, o discurso dos governantes ganha certa sustentação.". Dessa forma, o autor acredita que os governantes "valem-se disso para mostrar à população que estão tomando providências para conter o avanço da criminalidade" (MENDES, 2011, p. 78).

Já a criminalização secundária, trata-se do momento em que se aplica a lei penal, punindo o indivíduo que realizou um ato primariamente criminalizado. Neste sentido, a Lei e Ordem também se manifesta nessa fase, por meio do aumento das forças de repressão. Dessa forma, as instituições policiais, passam a agir de forma mais livre, afastando-se a burocracia e o controle dos trabalhos da polícia, construindo a ideia de que é preciso fornecer muito poder aos agentes de segurança, independentemente de qualquer garantia.

Ligando-se a isto, segundo Silva (2011), é uma situação delicada, principalmente quando se trata das instituições policiais, que além de terem o dever de manter a ordem, ainda precisam exercer esse papel cumprindo com as garantias fundamentais. No entanto, movidos pela lei e ordem, os agentes de segurança e, segundo Nucci (2017, não paginado), os próprios cidadãos, entendem que, "para a sociedade ter segurança, os direitos humanos deveriam ser afastados.".

Diante dessa opinião popular, Nucci (2017, não paginado) entende que:

> Os direitos humanos somente atrapalham a polícia quando esta for despreparada ou desaparelhada; mal paga ou corrupta. A polícia bem treinada, com armas, aparelhos tecnológicos modernos, cultivando o campo da inteligência contra o crime, bem paga e sem corrupção não sofre absolutamente nenhuma influência dos direitos humanos. Ao contrário, são até úteis para a demonstração da lisura dos trabalhos policiais.

Logo, nota-se que, com o movimento lei e ordem, o Estado aumenta o poder das polícias e apoia as repressões violentas, no entanto, isso não resolve a situação, não só por violar os direitos fundamentais, mas também porque não ajuda o policial na sua função. Portanto, o Estado deveria investir de verdade nas instituições policiais, em vez de motivá-los a combater a violência com o uso dela mesma, sem dar nenhum auxílio.

Exemplo disso é o modelo Inglês, que por sua vez, tomou medidas mais eficazes para o combate à criminalidade, se tornando muito respeitável pelos seus cidadãos, criando nestes, um pensamento totalmente diferente. Assim, Lopes Júnior (2001), afirma que a política inglesa é composta por policiais desarmados e bastante próximos da população, cumprindo com o caráter democrático. Obviamente que, isso só é possível, pois o sistema inglês preferiu outras medidas mais realistas, do que o simples aumento das forças de repressão.

2.2 A TOLERÂNCIA ZERO

O movimento lei e ordem, além de fixar o entendimento de que a repressão é a única forma de manter um controle, tendo o Estado que investir nas forças punitivas,

também trouxe consigo a característica da tolerância zero. Esta vertente, segundo Bauman (1998), além de defender o aumento da repressão, punindo até mesmo as infrações menos graves com o mesmo grau de rigidez, também entende que se deve suspender garantias fundamentais, passando dessa forma, a atingir principalmente, as classes inferiores da sociedade.

Ligando-se a isto, é preciso entender que, em que pese o direito penal declare ter o objetivo de tutelar os bens jurídicos imprescindíveis para o indivíduo e a sociedade, o objetivo real deste sistema, nada mais é do que controlar o meio social, por meio do direito penal, favorecendo as classes hegemônicas, detentoras do capital e da economia (SANTOS, 2012). Dessa forma, como aduz Wacquant (2012), um dos motivos que levaram os governos a adotar esse movimento foi para proteger as grandes classes sociais, aumentando a repressão nos guetos, em regiões pobres e marginalizadas, com o objetivo de acabar com as "ameaças da sociedade", incluindo os casos de prostituição, drogas, embriaguez, jogatinas e outros.

Nesse sentido, percebe-se que foi uma medida adotada pelos governos, não só para demonstrar aos cidadãos que o Estado estava adotando providências, mas também, se buscou beneficiar as mais altas classes sociais, reafirmando-se o poder dos governantes.

Diante do exposto, nota-se que a tolerância zero é uma das características da política criminal da lei e ordem, a qual visa solucionar o aumento da criminalidade com o aumento da repressão penal. Porém, como visto, esta estratégia simplista do Estado não é capaz de, por si só, diminuir os níveis de criminalidade. Nesse sentido, indaga-se qual a intenção do legislador brasileiro em aumentar a pena de algumas infrações pela Lei Anticrime, bem como se é possível observar a influência do movimento lei e ordem na criação do referido diploma legal.

3 A LEI E ORDEM USADA COMO UMA POLÍTICA CRIMINAL NO BRASIL

O movimento Lei e Ordem entende que a chave para a redução da criminalidade é a utilização do direito penal, por meio de reformas legislativas que prevejam o aumento de penas. Diante disso, como se poderá ver, o Brasil se encaixa perfeitamente nesta situação, uma vez que no país, o referido movimento: "cristalizou o pensamento de que o Direito Penal pode resolver todos os males que afligem os homens bons, exigindo-se a definição de novos delitos e o agravamento das penas cominadas aos já descritos" (ARAGÃO, 2010, não paginado).

Em relação às reformas legislativas que ocorreram no Brasil, uma das mais recentes e que gerou grande repercussão, foi a denominada Lei Anticrime. Esta reforma, proposta pelo ex-Ministro Sérgio Moro, teve por objetivo endurecer o combate à criminalidade no país. A Lei 13.964 alterou alguns dispositivos do Código Penal, Código Processual Penal e Leis Especiais Penais.

A lei supracitada vem sendo bastante discutida, havendo posicionamentos favoráveis, e movimentos contrários. Claro que, a Lei 13.964 trouxe alterações positivas, como é o caso do Juiz de Garantias, contendo mecanismos para proteger a imparcialidade do juiz e o sistema acusatório. Nesse sentido, Campos (2020, não paginado) aduz que: "ter em nosso sistema judicial um juiz de garantias reforça a imparcialidade da Justiça e assegura a aplicação das garantias fundamentais dos brasileiros". Por outro lado, esta lei trouxe algumas modificações negativas nas alterações do Código Penal e das Leis Especiais Penais.

Nesse sentido, referindo-se as alterações do Código Penal e Leis Especiais Penais, Cardoso (2020, não paginado) entende, da seguinte forma: "nada sistemática e pouco debatida, a lei anticrime aposta no recrudescimento do sistema penal e no

aprofundamento da utilização da prisão como cerne da política criminal". As modificações trazidas pela nova lei são, basicamente, o aumento de penas e a adição de tipos penais no rol de crimes hediondos, seguindo dessa forma, uma cultura punitivista presente no país, insistindo nesta medida, como se fosse a única para combater a violência.

Um exemplo disso é a alteração do artigo 75 do Código Penal, que antes da Lei 13.964, definia que o tempo máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade seria de 30 anos, o qual, com a mudança, passou para 40 anos.

Nesse sentido, Azevedo Simão (2020, não paginado), afirma que:

> Quanto ao tempo de cumprimento de pena, a alteração do artigo 75 do Código Penal alterou o tempo máximo de cumprimento de penas privativas de liberdade em 10 (dez) anos, elevando de 30 (trinta) para 40 (quarenta) o período máximo de prisão, o que, sem qualquer dúvida, impactará tanto no superencarceramento quanto no aumento de gastos públicos.

Diante disso, o objetivo de alterar este artigo pode ser interpretado de várias formas, pode ser que ele surgiu com o intuito de aumentar a coação por parte do Estado, para que o indivíduo, por medo da imposição de uma pena mais grave, não venha a infringir a lei penal, ou então, pode ser explicado pelo desejo de aumentar o castigo do delinquente e mantê-lo por mais tempo afastado da sociedade.

No entanto, a coação nem sempre funciona, afinal ela não educa, mas só impõem medo, o qual pode ser facilmente ignorado pelos indivíduos, principalmente por aqueles que nasceram e cresceram em meio a criminalidade, a tendo como algo comum, como é o caso das regiões marginalizadas, esquecidas pelo Estado, o qual este, não fornece os direitos necessários, e a população, por sua vez, acaba o desrespeitando, se pondo acima dele. Além disso, manter o delinquente 10 anos a mais, não irá ressocializá-lo, só resultará em mais lotação nos presídios e gastos para o Estado, afinal, o sistema carcerários brasileiro é extremamente precário, e não consegue transformar o delinquente em um *homem bom,* bem ao contrário disso, só servirá para alimentar ainda mais seu desejo de infringir a lei.

Como prova desta problemática, o Ministro do STF Gilmar Mendes (2015, não paginado) declara que:

> Cabe observar, desde logo, que a contrariedade à lei e à Constituição escancara-se diante das péssimas condições dos presídios, em situações que vão desde instalações inadequadas até maus-tratos, agressões sexuais, corrupção e abusos de autoridade, verdadeiras escolas do crime controladas por facções criminosas. Não é de se estranhar, portanto, que muitas dessas pessoas, quando soltas, voltam a praticar novos crimes, às vezes bem mais graves do que o cometido pela primeira vez.

Complementando-se a isso, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, o ano de 2019 totalizou 726.354 pessoas encarceradas, sendo que "a média nacional de custo mensal do preso é de R$ 2.400,00" (FERREIRA; SANTIAGO, 2018, p. 207). Além disso, a maior parte da população carcerária é de pobres com baixa escolaridade. Nesse sentido, Cerqueira (2018, p. 6), afirma que:

> Basta entrar em qualquer estabelecimento de execução prisional e constatar que o nível de escolaridade da maioria dos que lá estão é fundamental incompleto. Os encarcerados são exatamente aqueles que vieram de uma condição vulnerável do ponto de vista socioeconômico, que não tiveram como participar dos meios de produção, daquele ideal de sucesso determinado pela sociedade de consumo.

Portanto, percebe-se que esta modificação do Código Penal, e outras também contidas no pacote anticrime, que aumentaram penas, não são páreas para resolver esse impasse, afinal, como visto, um dos motivos para haver tanta criminalidade no Brasil é a desigualdade social somada a falta de acesso à educação, portanto, uma simples alteração na cominação de penas não conseguirá minimizar a violência.

Como se não bastasse isso, o pacote anticrime modificou a Lei dos Crimes Hediondos, adicionando outros tipos penais no rol desta lei. Segundo Limongi (2019), a Lei dos Crimes Hediondos surgiu em 1990, com o objetivo de adicionar alguns dos crimes já existentes, retirando a possibilidade de anistia e indulto, além de "estabelecer maior rigor para a progressão de regime" (LIMONGI, 2019, não paginado).

Uma das alterações na Lei dos Crimes hediondos foi o crime de extorsão, que antes só era hediondo se qualificado pelo resultado morte, e agora, considera-se também hediondo o crime de extorsão com a restrição da liberdade da vítima, ou ocorrendo lesão grave ou morte. Além disso, o furto passou a ser considerado hediondo quando qualificado pelo emprego de explosivo. (LIMA, 2020).

Também, outra alteração, refere-se ao crime de roubo, pois antes somente o latrocínio era considerado crime hediondo. Porém, com a alteração da nova lei, é também crime hediondo o roubo circunstanciado pela restrição de liberdade da vítima, o roubo com emprego de arma de fogo de uso proibido ou restrito, e o roubo qualificado pelo resultado lesão corporal grave ou morte (latrocínio). Ademais, foi alterado o artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, acrescentando-se ao rol de crimes hediondos os crimes de comércio ilegal de arma de fogo e de tráfico internacional de arma de fogo. (LIMA, 2020).

Diante disso, fica nítido a presença do movimento lei e ordem, afinal, o Brasil, ao adotar uma medida para a diminuição da criminalidade, mais uma vez, usou-se do Direito Penal, e consigo novas legislações, contendo o aumento de penas, além de adicionar vários tipos penais no rol dos crimes hediondos.

Ademais, a própria denominação Anticrime é reflexo desse movimento, isso porque, ao promulgar uma lei contendo este nome, fixou-se a ideia de que está é a solução para o impasse, e que, portanto, o governo está tomando medidas eficazes para a redução da violência.

Nesse sentido, Streck (2019, não paginado) declara: "minha prudência e meu ceticismo deixam-me em alerta já no título do Projeto. Anticrime. Pergunto: alguém, afinal, é *a favor* do crime? Que projeto legislativo *não é* anticrime? Mas, enfim, eis o nome da coisa." Sendo assim, o nome da referida lei, relembra o início do movimento lei e ordem, quando os governos utilizavam essas novas medidas legislativas como uma propaganda, provocando no cidadão um sentimento de devoção diante da atuação do governo, e assim, deixando de exigir outras políticas criminais necessárias.

Logo, é preciso ter cuidado com essas medidas do governo, que surgem repentinamente e dizem ser a chave para a solução do problema. Portanto, o brasileiro não pode consentir com uma simples mudança legislativa e se calar, é preciso que ele exerça sua democracia e exija mais medidas, como por exemplo, melhor acesso na educação e um melhor desenvolvimento econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista os fatos mencionados, é possível notar que os conflitos em meio à sociedade sempre se fizeram presentes, e desde que o Estado tomou para si o dever de proteger seus cidadãos, passou a aderir a algumas medidas para combatê-los, sendo um deles o direito penal. Este ramo tornou-se uma política criminal imprescindível

para conter a criminalidade, afinal ele traz consigo penas violentas, capazes de intimidar o indivíduo como uma forma preventiva, ou então de castigá-lo e afastá-lo da sociedade por delinquir.

Assim, outras políticas criminais ficaram despercebidas, e o direito penal passou a ser considerado o único meio de minimizar a violência, e por influência desse pensamento, surgiu o movimento Lei e Ordem, fixando o entendimento de que se devia punir de forma mais rigorosa, aumentando as penas e a repressão do Estado. Logo, percebe-se que, diante de uma problemática tão imensa e complexa, passou-se a tentar resolvê-la, com simples reformas legislativas e com o aumento da força punitiva.

Diante do estudo dessas ideias, foi possível perceber que o Brasil também aderiu a esse pensamento, e ainda persiste a ele, afinal, a Lei Anticrime possui esse perfil, pois em relação às alterações de matéria penal, se buscou cominar penas mais longas e adicionar mais tipos penais ao rol dos crimes hediondos.

No entanto, ao analisar a criminalidade crescente no país, percebeu-se que esse assunto é extremamente complexo, e um simples plano governamental de reformar a lei penal não será páreo para resolver o problema da segurança pública no Brasil. Isso porque, o país passa por crises econômicas e políticas, gerando desemprego, falta de oportunidades e pobreza, e é por conta de todas essas mazelas da sociedade, que grande parte dos crimes se revelam. Portanto, inicialmente, o governo deve focar em resolver essas questões, e para que se consiga isso de forma realista e efetiva, o Estado precisa concretizar os direitos sociais, afinal, estes direitos, formalmente, são impecáveis, mas sua efetivação é quase nula.

Referindo-se aos direitos sociais, o mais importante entre eles é a educação, portanto, o Brasil deveria considerar este, como a política criminal mais importante, e não o direito penal. Isso porque, somente a educação é capaz de possibilitar que o povo adquira conhecimento, e, por conseguinte, melhores oportunidades de emprego e a uma vida digna, afastando a desigualdade e a pobreza. Além disso, o acesso à educação é capaz de construir um povo mais crítico e atento em relação às questões políticas, evitando pessoas alienadas e passivas, construindo uma sociedade mais participativa aos atos do governo, possibilitando a exigência pela efetivação de direitos.

Nesse sentido, a população brasileira não pode ficar presa nessa visão utópica de que a rigorosidade da lei é a solução, é preciso que se exija do Estado medidas efetivas, mesmo que estas demorem e sejam mais difíceis e custosas. Ademais, essas medidas devem ter como objetivo a prevenção do crime, para que se evite que bens jurídicos sejam violados, e também para que o Estado tenha menos gastos com a segurança pública. Ainda, investir na prevenção será um meio de resolver o problema da superlotação nos presídios, dessa forma, com menos criminosos, e consequentemente menos detidos, o Estado conseguirá ter controle dentro dessas instituições, e só assim, poderá se pensar em medidas para ressocialização do condenado.

Em suma, diante de um dos problemas mais preocupantes da sociedade brasileira, deve-se deixar para trás esses pensamentos punitivistas e precipitados, incluindo o movimento Lei e Ordem, e buscar a justiça, sendo está, não a aplicação da lei, mas sim de medidas que evitem a necessidade de aplicação de uma pena.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Ivo Rezende. **Movimento da Lei e Ordem:** sua relação com a lei dos crimes hediondos. Âmbito Jurídico. São Paulo-SP: 01 jun. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/movimento-da-lei-e-ordem-sua-relacao-com-a-lei-dos-crimes-hediondos/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Fórum Brasileiro de Segurança pública. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. 2019. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Anuario-2019-FINAL-v3.pdf. Acesso em: 01 ago. 2020.

CAMPOS, Leonardo. **Juiz de garantias:** confirmação da imparcialidade da Justiça e ao texto da Constituição. Migalhas. 09 jan. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/318097/juiz-de-garantias-confirmacao-da-imparcialidade-da-justica-e-ao-texto-da-constituicao. Acesso em: 07 ago. 2020.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Da "lei anticrime" à pandemia**: 2020 clama por uma moratória penal. Consultor Jurídico. São Paulo: 16 maio 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/luiz-eduardo-cardoso-2020-clama-moratoria-penal. Acesso: 05 ago. 2020.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Criminalidade**: prevenção começa pela educação. Revista Super Varejo da Associação Paulista de Supermercados. São Paulo: jul. 2017.

COPETTI, André. **Direito Penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. 4ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DA SILVA, Jacqueline Carvalho. **Manutenção da ordem pública e garantia dos direitos individuais**: os desafios da polícia em sociedades democráticas. Revista Brasileira de Segurança Pública. 8ª. ed. São Paulo: 2011. Disponível em: revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/84. Acesso em: 02 ago. 2020.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Lições fundamentais de direito penal**: parte geral. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Pacote Anticrime**. Salvador: JusPodvm, 2020.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. **Direito Penal**: Parte Geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

FERREIRA, Allan Hahneman. **"Tolerância zero" e "Lei e Ordem**": Os ditos e os interditos do poder punitivo**.** Fortaleza-CE: XIX Encontro Nacional do CONPEDI, 2010. Disponível em: https://www.institutomillenium.org.br/como-nova-york-superou-a-crise-dos-anos-de-1970/. Acesso em 10 ago. 2020.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **O custo do**

encarceramento no Brasil sob a ótica da análise econômica do direito. Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos. V. 11. Natal-RN, 2018, p. 201-213.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

GRISA, Gustavo. **As Lições da Nova York da Década de 1970**. Instituto Mellenium. Porto Alegre-RS: 29 out. 2016. Disponível em: https://www.institutomillenium.org.br/como-nova-york-superou-a-crise-dos-anos-de-1970/. Acesso em: 10 ago. 2020.

LIMONGI, Mário de Magalhães Papaterra. **Méritos e defeitos do pacote anticrime do governo federal**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP: 11 mar. 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mar-11/mp-debate-meritos-defeitos-pacote-anticrime-governo-federal. Acesso em: 15 ago. 2020.

LOPES JR, Aury. **Violência urbana e tolerância zero:** verdades e mentiras. Âmbito jurídico. Rio Grande-RS: 2001. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-5/violencia-urbana-e-tolerancia-zero-verdades-e-mentira/. Acesso em: 31 jul. 2020.

MACHADO, Nara Borgo Cypriano. **Violência Urbana**: Uma Reflexão sob a Ótica do Direito Penal. VII Revista da Faculdade de Campos. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em: http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista08/Discente/Nara.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

MACIEL FILHO, Euro Bento. **Direito Penal não pode ser visto como panaceia de todos os males**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP: 26 maio 2015. Disponível em:https://www.conjur.com.br/2015-maio-26/euro-filho-direito-penal-nao-visto-panaceia#author. Acesso em: 30 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Seguranca Pública e Justica Criminal.** Consultor Jurídico. São Paulo-SP: 04 abr. 2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-04/observatorio-constuticional-seguranca-publica-justica-criminal. Acesso em: 31 jul. 2020.

MENDES, Silvia de Freitas. **Processos de Criminalização e Pena Privativa de Liberdade como Formas de Manifestação do Poder**. Revista Varia Scientia. Paraná: 2011. Disponível em: http://saber.unioeste.br/index.php/variascientia/article/view/1769/4155. Acesso em: 04 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme. **Antagonismo entre direitos humanos e segurança pública é falso**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP: 01 set. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-set-01/nucciantagonismo-entre-direitos-humanos-seguranca-publica-falso. Acesso em: 02 ago. 2020.

SIMÃO, Diego de Azevedo. **Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei anticrime**. Consultor Jurídico. São Paulo: 29 jan, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime#author. Acesso em: 04 ago. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O "pacote anticrime" de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros**. Consultor Jurídico. São Paulo-SP: 07 fev. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros. Acesso em: 15 ago. 2020.

TAVARES, Elisângela Aparecida. **O aumento da criminalidade no Brasil**: uma relação direta com o IDH brasileiro. Minas Gerais: Revista Digita FAPAM, 2016. Disponível em:https://periodicos.fapam.edu.br/index.php/synthesis/article/view/139. Acesso em: 03 ago. 2020.

WACQUANT, Loïc. **A Tempestade Global da Lei e Ordem**. Curitiba: Revista de Sociologia Política, 2012. Disponível em: https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/31766/20292. Acesso em 4 ago. 2020.

21

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS APLICADAS EM SEDE DE REMISSÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:
análise da atribuição ministerial

Roberta De Conto[1]

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema medidas socioeducativas e mostra sua aplicação, observando a Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e demais legislações relativas à proteção desses. Traz conceitos importantes para compreensão do estudo e analisa individualmente as medidas socioeducativas previstas no ECA. Examina o instituto da remissão, suas características, classificação, espécies e consequências, verificando a possibilidade de aplicação antes e durante o processo de apuração do ato infracional. Discorre sobre o Ministério Público, tendo em vista ser um dos órgãos competentes para zelar e defender os interesses dos menores. Investiga, como objetivo principal do trabalho, a competência do órgão ministerial para aplicação da remissão cumulada com medida socioeducativa como forma de exclusão do processo, abarcando as divergências doutrinárias, já que existem autores que consideram uma atribuição jurisdicional, portanto ato privativo do juiz competente. Para corroborar a pesquisa, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise da doutrina, legislação pertinente e jurisprudência. Este estudo está inserido na linha de pesquisa Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições.

Palavras-chave: Ato Infracional. Estatuto da Criança e do Adolescente. Medidas Socioeducativas. Ministério Público. Remissão.

[1] Bacharela em Direito pela Universidade da Região da Campanha – URCAMP Bagé. Endereço eletrônico: robertadeconto1@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu que o tratamento dado a crianças e adolescentes em conflito com a lei deve ser orientado pela doutrina da proteção integral e da prioridade absoluta, princípios estes que são base do Estatuto da Criança e do Adolescente e que os reconhece como sujeitos de direitos e em estado peculiar de desenvolvimento.

É salutar o estudo sobre a ocorrência do ato infracional e das medidas socioeducativas passíveis de aplicação, notadamente pois o ordenamento jurídico, órgãos, entidades e toda a rede de proteção buscam possibilitar ao adolescente em conflito com a lei o rompimento de uma trajetória de atos infracionais.

Entendem-se como ações conflitantes com a lei praticadas por crianças ou adolescentes qualquer ato considerado como crime ou contravenção penal previsto na legislação penal brasileira. A resposta do Estado a estes atos em desacordo com a lei consiste na aplicação de medidas socioeducativas com fins pedagógicos e preventivos. As medidas socioeducativas estão disciplinadas na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei n.º 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).

É importante frisar que o objetivo das medidas socioeducativas é a prevenção e educação do adolescente, para que este compreenda a gravidade do ato infracional praticado e que não incorra novamente em nenhuma infração penal.

A depender da gravidade do ato, podem ser aplicadas as medidas de advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, inserção em regime de semiliberdade e internação em estabelecimento educacional; podendo resultar em privação da liberdade as últimas duas medidas.

Com a ocorrência do ato infracional, o Ministério Público - instituição que zela pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e aos adolescentes – atua, juntamente com outras instituições, com o objetivo de apurar as circunstâncias da prática do ato infracional, e dentro de suas atribuições pode aplicar a remissão como instrumento pré-processual e assim evitar o início do processo.

O presente estudo analisa individualmente as medidas socioeducativas; o que é o instituto da remissão e estuda a possibilidade de o órgão ministerial aplicá-la conjuntamente com alguma medida socioeducativa. Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, através da análise da doutrina, legislação pertinente e jurisprudência. Este estudo está inserido na linha de pesquisa Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições.

1 ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Ato infracional, de acordo com o artigo 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), é toda conduta descrita como crime ou contravenção penal praticada por criança ou adolescente (BRASIL, 1990). Criança é toda pessoa de até doze anos de idade incompletos, e adolescente é toda pessoa entre doze anos completos e dezoito anos de idade incompletos, os quais são considerados inimputáveis.

Em resposta ao ato infracional cometido, o Estado aplica ao adolescente infrator, asseguradas as garantias processuais, medidas socioeducativas que podem ser aplicadas isoladas ou cumulativamente, dentre aquelas previstas no artigo 112 do referido Estatuto, as quais devem ser impostas somente quando não for possível a

autocomposição, em razão do princípio da excepcionalidade (RAMIDOFF, 2017, p. 106).

Embora o Estatuto se aplique tanto à criança como ao adolescente, as medidas socioeducativas somente são aplicáveis aos adolescentes, porquanto ao ato infracional praticado por criança são aplicadas medidas de proteção.

Sobre a tutela jurisdicional relativa aos menores amparados pelo Estatuto, Rossato, Lépore e Cunha lecionam:

> A paz social é uma das primeiras preocupações do Estado e a sua busca se faz por meio da efetivação de intervenções de natureza preventiva e repressiva. O ato infracional – enquanto também manifestação de desvalor social – enseja a movimentação da máquina estatal no sentido de verificar-se a necessidade de efetiva intervenção com o objetivo de educar o adolescente e, mesmo inconscientemente, puni-lo, como estratégia pedagógica. Para atingir esse fim, o Estado adequou a tutela jurisdicional às especificidades da matéria, motivo pelo qual lhe foi dado o adjetivo de "diferenciada" e "socioeducativa", inserida em um microssistema de direitos da infância e juventude (2019, p. 391).

Na aplicação das medidas socioeducativas, destaca-se a importância da verificação da data em que o ato foi praticado, uma vez que é nesse momento que ocorre a aferição do critério da idade do adolescente para fins de enquadramento nas normas do estatuto. Tavares, sobre o assunto, ensina que:

> [...] a idade a ser considerada na aplicação de medidas sobre o jovem é a que ele contar na data da prática da infração, mesmo que o fato venha a ser apurado depois que ele ultrapassou o estágio da inimputabilidade, ou seja, aos 18 (dezoito) anos ou mais. Também a ação praticada por criança, que venha a ser apurada após o seu 12º aniversário natalício, não será considerada ato infracional, pois a ocorrência se deu ao tempo de sua situação jurídica da excludente (2012, p. 103).

Para a possibilidade de aplicação de medidas socioeducativas, é salutar a análise de todas as circunstâncias do fato, uma vez que não se poderia incorrer no equívoco de aplicar uma medida socioeducativa a uma criança, a quem deveria ser aplicada medida de proteção, devido a isso é imprescindível o conhecimento da idade do autor do ato infracional.

Após o devido processo legal, surge a aplicação da medida socioeducativa, cuja finalidade é educar ou reeducar, ainda que tenha um toque punitivo, pois em determinados momentos pode-se restringir a liberdade do adolescente ou algum outro direito (NUCCI, 2018, p. 449).

> Como traço fundante da sanção jurídica, tem-se a ameaça de um castigo, e ninguém pode ignorar que o recolhimento compulsório a uma unidade de internamento, por melhor proposta educacional que encerre, tem caráter punitivo. Demais, o traço que distingue a sanção jurídica de outras técnicas de controle social é exatamente o caráter de uma reprovação institucionalizada pelo Estado (SARAIVA apud NUCCI, 2018, p. 449).

O Estatuto da Criança e do Adolescente enumera em seu artigo 112 as medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes infratores:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
> I - advertência;

> II - obrigação de reparar o dano;
> III - prestação de serviços à comunidade;
> IV - liberdade assistida;
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
> VI - internação em estabelecimento educacional;
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
> [...]

O Estatuto prevê que a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente a medida que entender mais adequada, o que não significa ser uma obrigatoriedade. "O art. 112 reza que o Juiz poderá aplicar a sanção, e não que aplicará necessariamente a sanção verificada a prática do fato típico, anti-jurídico e culpável" (MACHADO, 2003, p. 363).

A advertência é a medida mais simples, pois consiste na admoestação verbal do infrator pelo Juiz da infância e juventude, objetivando alertá-lo quanto à prática de atos que atentam contra a lei, podendo ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, de acordo com o parágrafo único do artigo supra colacionado (BRASIL, 1990).

> O significado de advertência é variável, alcançando desde um conselho até uma repreensão, passando pelo alerta ou aviso. Preferimos acreditar no conteúdo do conselho, que possua igualmente o alerta acerca dos futuros passos a serem dados pelo adolescente [...], se o Estado deve tratar os infratores como os pais cuidam dos filhos, que cometem erros, advertir é o primeiro passo antes de se tomar medidas mais enérgicas (NUCCI, 2018, p. 458).

A medida de obrigação de reparar o dano será aplicada quando o ato praticado tiver reflexos patrimoniais, impondo-se o dever de restituir a coisa, ressarcir a vítima pelo dano ou compensá-la de alguma forma. Assim como as demais medidas, além do cunho educativo, a obrigação de reparar o dano possui carga punitiva (BRASIL, 1990)

A medida mais comum é a prestação de serviços à comunidade, elencada no inciso III do artigo 112 do Estatuto, que oportuniza ao infrator contribuir com a comunidade através de serviço útil, enquanto permanece no convívio familiar e continua frequentando a escola regularmente.

> [...] esta, sem dúvida, é uma medida adequada, com salutar conotação pedagógica, pois seu principal efeito, a nosso ver, é de ordem moral. Assim, o adolescente que agrediu a sociedade com seus atos tem a oportunidade de, com seu trabalho, se redimir. Observe-se que as tarefas realizadas são gratuitas. A medida não pode, em hipótese alguma, exceder o período de seis meses. Nada impede, contudo, que, tendo o adolescente praticado outra ação no período, possa sofrer medida idêntica, que deverá ser cumprida em seguida à primeira (ELIAS, 2010, p. 160).

A medida de liberdade assistida é aplicada pelo prazo mínimo de seis meses e consiste no acompanhamento, auxílio e orientação do infrator em encargos como, por exemplo, frequência e aproveitamento escolar (BRASIL, 1990).

Uma pessoa capacitada é designada para acompanhar o adolescente, como por exemplo, no seu desempenho da escola, orientando-o, colocando-o em programas de auxílio e assistência social, auxiliando na sua profissionalização, e de tudo informando ao Juiz (NUCCI, 2018, p. 461).

> Um dos pontos positivos da liberdade assistida é o acompanhamento personalizado a partir do conhecimento da realidade do adolescente. O grau

> de abstração da medida é regulado na sua aplicação pelas próprias pessoas que acompanham o caso. O juízo garante informações quanto ao andamento da inserção comunitária, frequência e desempenho escolar, relação familiar e outros aspectos sociais do cotidiano do adolescente, enquanto este tem a garantia de que a medida não é afastada da realidade que o cerca (...) (JESUS apud NUCCI, 2018, p. 461).

A quinta medida prevista é a semiliberdade. Trata-se de medida que restringe a liberdade do adolescente, obrigando-o a recolher-se, no período noturno, a uma unidade de atendimento específica e durante o dia é obrigado a estudar ou a trabalhar. Pode ser aplicada desde o início ou como forma de transição para o meio aberto (BRASIL, 1990).

A semiliberdade, como o próprio nome indica, é executada em meio aberto, o que possibilita que o adolescente frequente a escola, emprego, entre outras atividades externas, a fim de atender à finalidade da medida (LIBERATI apud MACIEL et al, 2019, p. 1184).

De acordo com o parágrafo terceiro, do artigo 42, da Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), "considera-se mais grave a internação, em relação a todas as demais medidas, e mais grave a semiliberdade, em relação às medidas de meio aberto" (BRASIL, 2012).

Com natureza segregadora, a medida de internação é a considerada mais grave. Baseia-se nos princípios da brevidade, excepcionalidade e do respeito à condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

> A medida socioeducativa da internação, assim como o regime de semiliberdade, não comporta prazo determinado, porém sua manutenção deve ser reavaliada no máximo a cada 6 (seis) meses, e, por certo, em nenhuma hipótese, a privação da liberdade poderá exceder o período de 3 (três) anos. Contudo, ao ser atingido o período máximo de internação, o órgão julgador competente, uma vez ouvido o órgão de execução ministerial, determinará a liberação do adolescente, senão a sua colocação em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. No entanto, caso o então adolescente durante a internação alcançar a idade de 21 (vinte e um) anos, deverá ser compulsoriamente liberado, por determinação judicial. Entretanto, a medida socioeducativa de internação somente pode ser judicialmente aplicada quando se encontrar devidamente comprovada uma das hipóteses taxativamente descritas no art. 122 do Estatuto, quais sejam: ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência à pessoa; reiteração no cometimento de outras infrações graves; descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (RAMIDOFF, 2012, p. 89)

Rossato, Lépore e Cunha explicam que cada uma das medidas acima elencadas possui uma abrangência pedagógica e se utiliza de diferenciados recursos para cumprir o objetivo desejado.

> Por óbvio, a medida de maior abrangência pedagógica é a internação, na qual a intervenção estatal chega ao seu limite, restringindo a liberdade do adolescente em prol de sua ressocialização. Somente é justificável em casos excepcionais, ainda mais porque a retirada do adolescente do núcleo familiar é a última medida a ser tomada pelo Estado. Segue-se a medida de semiliberdade, na qual o grau de restrição da liberdade é relativizado e caracterizado pelo senso de responsabilidade. A medida de liberdade assistida – uma das mais significativas, em razão de suas características e princípio – busca assistir o adolescente no sentido de acompanhá-lo e orientá-lo. A preocupação principal é a promoção no âmbito familiar e social. A prestação de serviços à comunidade tem por finalidade fazer o adolescente enxergar o

> seu papel na sociedade, situando-o como pessoa titular de direitos e sujeita a obrigações. A obrigação de reparar o dano orienta-se na necessidade de entendimento do valor do bem alheio. A advertência, por sua vez, consiste em mera repreensão verbal (2019, p. 391-392).

Como visto, o objetivo das medidas socioeducativas é a prevenção e educação do adolescente, para que este compreenda a gravidade do ato infracional praticado e que não incorra novamente em nenhuma infração penal.

2 O INSTITUTO DA REMISSÃO

A remissão é um instituto previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e proporciona uma maior agilidade na apuração do ato infracional. Segundo Nucci (2018, p. 536) "[...] o termo advém do verbo remir, que significa perdoar [...]".

Para Rossato, Lépore e Cunha (2019, p. 428) "[...] a concessão de remissão importará na adoção de procedimento diferenciado daquele ordinariamente previsto para a apuração dos atos infracionais." E segue, referindo que "por meio da remissão, são mitigados os efeitos negativos da continuidade do procedimento, que importaria no comparecimento do adolescente e de seus pais a todos os seus atos."

O Estatuto da Criança e do Adolescente estatuiu em seu capítulo V, do título III que trata da prática de ato infracional, normas sobre a remissão, quais sejam:

> Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.
> Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.
> Art. 127. A remissão não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, nem prevalece para efeito de antecedentes, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semi-liberdade e a internação.
> Art. 128. A medida aplicada por força da remissão poderá ser revista judicialmente, a qualquer tempo, mediante pedido expresso do adolescente ou de seu representante legal, ou do Ministério Público (BRASIL, 1990).

Como se depreende da leitura dos artigos, a remissão poderá ser aplicada em dois momentos diferentes: antes de iniciado o processo (chamada de remissão pré-processual ou ministerial) ou durante o curso do processo (chamada de remissão processual ou judicial).

A remissão também pode ser classificada como remissão própria, quando há remissão pura e simples, sem aplicação de medida socioeducativa, ou remissão imprópria, quando ocorre a cumulação com medida socioeducativa (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 430).

Quando ocorre a prática de um ato infracional por adolescente, e quando conhecida sua autoria, o Estatuto dispõe que cabe ao Ministério Público realizar sua oitiva e verificar se é caso de arquivamento do procedimento; de representação; ou de oferta de remissão.

> Art. 179. Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e

> informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.
> [...]
> Art. 180. Adotadas as providências a que alude o artigo anterior, o representante do Ministério Público poderá:
> I - promover o arquivamento dos autos;
> II - conceder a remissão;
> III - representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa (BRASIL, 1990).

Não há dúvidas de que o Ministério Público tem a atribuição para aplicar a remissão pré-processual, como forma de exclusão do processo ou de não o iniciar, o que faz mediante análise das circunstâncias do fato, consequências, contexto social, personalidade e participação do adolescente (BRASIL, 1990).

Acerca do artigo 126 do Estatuto, narra Tavares:

> Em suma: o caput do art. 126 estabelece a figura jurídica da remissão parajudicial, ou seja, a faculdade conferida à Promotoria de Justiça ou Curadoria da Infância e da Adolescência, ao modo de dominus lites. O que lhe permite abster-se de formalizar o ato da Representação, peça inicial que provocaria o Procedimento judicial, tendo em vista o interesse maior da sociedade, que é a pacificação dos espíritos em formação, dando o caso por encerrado, desafogando assim a movimentação no sobrecarregado Juizado da Infância e da Adolescência. Atribuição expressamente confiada ao Ministério Público dentro do princípio da conveniência social e do critério da oportunidade [...] (2012, p. 118).

A remissão é uma forma de mitigação da obrigatoriedade da representação – a denúncia do processo penal- e, portanto, permite que o Ministério Público não proponha a ação socioeducativa em face do ato infracional praticado (FULLER; DEZEM; MARTINS apud NUCCI, 2018, p. 536).

Portanto, a remissão é uma forma de exclusão do processo, ou melhor, uma forma de não iniciá-lo, e, assim, importa na redução dos efeitos negativos que o adolescente e seus representantes teriam caso fosse ofertada a representação pelo órgão do Ministério Público e tivessem que comparecer a todos os atos do processo.

No tocante à remissão processual ou judicial, é analisada a possibilidade de aplicação do benefício depois de proposta a representação pelo órgão ministerial, ou seja, quando há processo em andamento para apuração do ato infracional.

Quando o Ministério Público representa contra o adolescente, a ele deve ser assegurada a garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado (BRASIL, 1988).

Com a representação, inicia-se propriamente o processo em desfavor do adolescente. "[...] Dispõe o Parquet, na sistemática processual do Estatuto, de um juízo de valor acerca da necessidade de propositura da ação socioeducativa, a qual só deve ser instaurada depois de ultrapassada a fase de sopeso entre as possibilidades de arquivamento e remissão (art. 182, caput, do ECA) [...]" (MACIEL et al, 2019, p. 1158).

No tocante à representação por ato infracional, portanto, o representante do Ministério Público pode verificar a necessidade ou não de propô-la ao juiz, de acordo com as circunstâncias do fato e interesse social:

> Em outras palavras, na seara criminal, quando se tratar de ação de iniciativa pública incondicionada, tem o promotor de justiça a obrigatoriedade de propô-la, no interesse direto da sociedade. Já na esfera infracional – em virtude da especificidade da natureza das medidas socioeducativas e da

> particular condição dos adolescentes, seus destinatários, como pessoas em desenvolvimento – foi conferida ao membro do Ministério Público a faculdade de avaliar, paralelamente ao interesse social na repreensão da conduta ilícita, qual o caminho que melhor assegurará a efetiva ressocialização do autor do ato (MACIEL et al, 2019, p. 1158).

Quando for proposto o processo em desfavor do adolescente, em seu curso, compete ao Magistrado, com o conhecimento do Ministério Público, a análise da viabilidade de aplicação de remissão, que terá como consequência suspender ou extinguir o feito.

Nesse ponto, se faz interessante os ensinamentos de Rossato, Lépore e Cunha:

> A remissão importará na extinção do processo quando for desnecessário qualquer acompanhamento posterior. Reserva-se às hipóteses em que se concede perdão puro e simples, ou quando a medida se esgota em si mesma, como ocorre com a advertência. De outro lado, a remissão acarretará na suspensão do processo quando houver a necessidade de continuidade do acompanhamento do adolescente. Para tanto, cumulativamente à remissão, aplica-se medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade ou de liberdade assistida (2019, p. 431).

Independentemente de qual tipo de remissão seja aplicada, esta possui três importantes características: não importa no reconhecimento da culpa do adolescente, ou seja, não está admitindo sua autoria no delito, já que o adolescente, juntamente com seu responsável, podem preferir aceitar a remissão a ter que comprovar eventual inocência ao final de um processo judicial; a remissão não gera antecedentes, já que, como dito, a sua aceitação não significa reconhecimento de culpa; a remissão pode ser cumulada com qualquer medida socioeducativa não restritiva de liberdade (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2019, p. 429).

> [...] se a remissão é uma forma de clemência, concedida pelo Ministério Público, evitando-se o processo judicial, é mais que natural não implique a formação de juízo de culpa. Recebendo o benefício, o adolescente não é considerado responsável pelo ato infracional, nem se registra essa concessão para efeito de gerar antecedente. Não teria nenhum sentido trabalharmos com um instituto calcado no perdão, que, ao mesmo tempo, gerasse consequências jurídicas negativas ao jovem. Fosse assim, seria mais adequado litigar em juízo para provar a inocência, quando o caso. O mesmo acontece quando a remissão for concedida pelo juiz (NUCCI, 2018, p. 538).

Importante atentar que a aplicação de eventual medida socioeducativa no bojo do processo de apuração de ato infracional pressupõe a comprovação da autoria e materialidade, sendo uma exceção as medidas não privativas de liberdade aplicadas cumulativamente com a remissão. É o que dispõe o artigo 114 do estatuto: "A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127" (BRASIL, 1990).

3 ANÁLISE DA ATRIBUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA APLICAÇÃO DE REMISSÃO CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA AOS ADOLESCENTES INFRATORES

O Ministério Público, de acordo com o artigo 127 da Carta Magna (BRASIL, 1988), é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado,

incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ao zelar pela ordem jurídica, exerce papel fundamental o órgão do Ministério Público, fiscalizando e zelando, na esfera dos direitos e garantias das crianças e adolescentes, pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais, notadamente ao que dispõe o artigo 227:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 126 e 127 (já transcritos alhures), trouxe expressamente a possibilidade de aplicação do instituto da remissão pelo órgão do Ministério Público nos casos de ato infracional, como forma de exclusão do processo, podendo incluir eventualmente a aplicação de qualquer das medidas previstas em lei, exceto a colocação em regime de semiliberdade e a internação.

Da mesma forma, o artigo 201 do mesmo Estatuto prevê: "Compete ao Ministério Público: I - conceder a remissão como forma de exclusão do processo [...]".

Como dito anteriormente, é inquestionável a possibilidade de aplicação de remissão ao adolescente pelo Ministério Público como forma de evitar a propositura da representação (processo judicial).

Ocorre que há autores que sustentam ser inconstitucional o dispositivo do Estatuto que autoriza a aplicação da medida socioeducativa de forma cumulada com a remissão ministerial (a chamada remissão imprópria). A discussão é sobre o artigo 127 do ECA ser ou não aplicável à remissão pré-processual. Vários são os argumentos contrários e em prol da aplicação do referido dispositivo à remissão.

Essa controvérsia resultou na edição da Súmula número 108, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no ano de 1994, que dispõe: "A aplicação de medidas socio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz."

Um dos autores contrários à possibilidade de aplicação de medida socioeducativa pelo Ministério Público é Nucci, o qual refere que:

> Com a devida vênia, o Ministério Público não detém poder jurisdicional e não tem aptidão constitucional para aplicar qualquer medida constritiva de direitos. Somente o Judiciário pode fazê-lo e, mesmo assim, após o devido processo legal. Em nosso entendimento, há um equívoco ao se buscar classificar a remissão concedida pelo MP como própria (perdão puro e simples) e imprópria (equivalendo a uma transação, que envolve a aceitação, pelo menor, de medida socioeducativa). Ora, a transação é instituto exclusivo do cenário do JECRIM, nas infrações de menor potencial ofensivo, autorizada pela Constituição Federal. Não há a mesma legitimação constitucional para seu emprego na área da infância e juventude (2018, p. 539).

Saraiva citado por Rossato, Lépore e Cunha (2019, p. 431) também entende pela inconstitucionalidade da remissão imprópria, pois submete o adolescente à constrição penal sem a caracterização da responsabilidade competente.

Ainda, de acordo com Nucci (2018, p. 539): "Ninguém pode sofrer qualquer espécie de constrangimento se não tiver oportunidade de se defender amplamente, contrariando a imputação [...]."

Jesus citado por Nucci (2018, p. 540) na mesma linha de entendimento:

> É inconstitucional o art. 127 do ECA, ao autorizar a remissão com aplicação de medida sem o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, por submeter o adolescente à constrição penal sem a caracterização da responsabilidade correspondente. O adolescente precisa se convencer, ainda que durante o curso da medida, que a prestação jurisdicional é adequada. Se a injustiça da medida for invencível, esta não surtirá efeito. Não é objetivo do Direito Infantojuvenil aterrorizar para disciplinar. Importante ressaltar que a principal relação da medida socioeducativa não se dá com a gravidade do ato infracional, mas com o seu poder de intervenção na realidade do adolescente.

O Promotor de Justiça não pode impor qualquer medida socioeducativa, quando concede a remissão pré-processual, pois isso contraria o sentido da remissão e também porque a imposição de medida é atribuição jurisdicional, ou seja, de atribuição do Juiz competente (TAVARES, 2012, p. 118).

Em que pese diversos autores sustentarem a inconstitucionalidade do dispositivo estatutário que permite ao Ministério Público conceder remissão cumulada com medida socioeducativa em meio aberto, o entendimento que prevalece atualmente é o da constitucionalidade do referido artigo do ECA. O STJ atualmente também profere decisões nesse sentido.

> Ao prever a remissão, a Lei n. 8.069/90 expressamente autorizou ao Ministério Público a inclusão de medida socioeducativa, com exceção das de semiliberdade e de internação (art. 127). A matéria causou divergências na doutrina e na jurisprudência em virtude, basicamente, da expressão "conceder" utilizada no texto legal, a qual vinha ensejando nebulosa interpretação no sentido de que se teria conferido poder decisório a órgão diverso do Poder Judiciário (MACIEL et al, 2019, p. 1155).

O STF, em decisão paradigmática de seu Tribunal Pleno, no ano de 2002, julgou o Recurso Extraordinário 229382, firmando seu entendimento no sentido de que o artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente é constitucional.

> Recurso extraordinário. Artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente. - Embora sem respeitar o disposto no artigo 97 da Constituição, o acórdão recorrido deu expressamente pela inconstitucionalidade parcial do artigo 127 do Estatuto da Criança e do Adolescente que autoriza a acumulação da remissão com a aplicação de medida sócio-educativa. - Constitucionalidade dessa norma, porquanto, em face das características especiais do sistema de proteção ao adolescente implantado pela Lei nº 8.069/90, que mesmo no procedimento judicial para a apuração do ato infracional, como o próprio aresto recorrido reconhece, não se tem em vista a imposição de pena criminal ao adolescente infrator, mas a aplicação de medida de caráter sócio-pedagógico para fins de orientação e de reeducação, sendo que, em se tratando de remissão com aplicação de uma dessas medidas, ela se despe de qualquer característica de pena, porque não exige o reconhecimento ou a comprovação da responsabilidade, não prevalece para efeito de antecedentes, e não se admite a de medida dessa natureza que implique privação parcial ou total da liberdade, razão por que pode o Juiz, no curso do procedimento judicial, aplicá-la, para suspendê-lo ou extingui-lo (artigo 188 do ECA), em qualquer momento antes da sentença, e, portanto, antes de ter necessariamente por comprovadas a apuração da autoria e a materialidade do ato infracional. Recurso extraordinário conhecido em parte e nela provido. (RE 229382, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002, DJ 31-10-2002 PP-00020 EMENT VOL-02089-02 PP-00231).

Importante observar que, em que pese o Promotor de Justiça possa aplicar medida socioeducativa não privativa de liberdade de forma conjunta com a remissão pré-processual, alguns aspectos devem ser observados.

Mesmo que não haja previsão legal exigindo a presença de defesa técnica para a concessão da remissão ministerial [já que não há do que se defender por não existir processo], se o Promotor de Justiça entender pela cumulação com medida socioeducativa, é imprescindível que se dê conhecimento à Defensoria Pública, a fim de que haja chancela de um profissional do direito e se preserve o interesse do menor, observando, dessa forma, o princípio da ampla defesa (MACIEL et al, 2019, p. 1157).

Assim também é a forma como decide o STJ:

> HABEAS CORPUS. ECA. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO AO PACIENTE, COMO FORMA DE EXCLUSÃO DOS PROCEDIMENTOS, CUMULADA COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS POR PRECATÓRIA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA EM JUÍZO QUANDO DA HOMOLOGAÇÃO. ILEGALIDADE FLAGRANTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL A QUO PARA REVISAR DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO DEPRECANTE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ao Juízo deprecado compete somente supervisionar e acompanhar o cumprimento das medidas impostas na decisão proferida pelo Juízo deprecante. O inconformismo contra a decisão que determinou a imposição da medida socioeducativa, proferida pelo Juízo da Vara da Infância e Juventude de Padre Bernardo/GO, deve ser submetido ao órgão competente para revisar os atos, que, no caso, é o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. 2. Inexistindo pronunciamento do Tribunal local sobre o lema, inviável se torna o conhecimento do pleito formulado pelo paciente, sob pena de indevida supressão de instância. 3. Manifesta a violação ao princípio da ampla defesa, tendo em vista a imposição de medidas socioeducativas ao paciente sem a presença, em nenhum dos atos processais, de defesa técnica. Ofensa a dispositivos legais do Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para anular a audiência de representação do adolescente L de S S e de todos os atos posteriores (Processo n. 201503479840 - Comarca de Padre Bernardo/GO). (HC 395.173/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017).

Ainda, conquanto haja a possibilidade de concessão de remissão com medida socioeducativa pelo Ministério Público ao adolescente, deve o acordo passar pelo crivo do Juiz competente para receber exigibilidade, uma vez que não há como iniciar a execução da medida sem a homologação do poder judiciário (MACIEL et al, 2019, p. 1156).

Rossato, Lépore e Cunha ensinam: “Importante registrar a obrigatoriedade da homologação da medida pelo magistrado, uma vez que a aplicação de qualquer medida socioeducativa ao adolescente é de sua competência exclusiva, a teor do que dispõe a Súmula 108 do STJ” (2019, p. 430).

Em verdade, quando o Ministério Público concede a remissão cumulada com medida socioeducativa, após ouvir o adolescente sobre as circunstâncias do fato, sobre sua participação e demais aspectos do ato, está promovendo nos autos a sua escolha em não representar contra o adolescente e submetendo ao entendimento do Poder Judiciário que poderá homologar ou não a remissão imprópria.

Sem o crivo do judiciário, não é válida e nem sequer executada a medida proposta pelo Promotor de Justiça, conforme artigo 181, do ECA:

> Art. 181. Promovido o arquivamento dos autos ou concedida a remissão pelo representante do Ministério Público, mediante termo fundamentado, que conterá o resumo dos fatos, os autos serão conclusos à autoridade judiciária para homologação.
> § 1º Homologado o arquivamento ou a remissão, a autoridade judiciária determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida.
> § 2º Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.

De acordo com o §2º do artigo supra, se o Juiz discordar da medida aplicada pelo órgão do Ministério Público, não poderá afastá-la de plano; deve remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça que adotará a medida que entender cabível, não podendo o Juiz modificar os termos da proposta; o que também corrobora com a legitimidade do "Parquet".

> Quando concedida a remissão pelo Ministério Público, os autos serão conclusos ao Juiz para homologação (art. 181, § 1º). Se houver discordância, serão remetidos ao Procurador-Geral de Justiça, que designará outro membro do Parquet para a representação ou ratificação da remissão, e aí, o Magistrado será obrigado a homologar (art. 181, § 2º). (ELIAS, 2010, p.175).

Conforme lecionam Rossato, Lépore e Cunha:

> [...] em atenção ao devido processo legal, deverá o Ministério Público justificar o motivo pelo qual adotou uma das opões indicadas no art. 180 do Estatuto: arquivamento, remissão ou oferecimento de representação. Adotada uma dessas vias, não possui o parquet a obrigatoriedade de justificar o motivo de não haver adotado as demais opções, conforme já decidiu o STJ. Além do mais, se a defesa entender que é o caso de concessão da remissão, poderá formular tal requerimento diretamente ao magistrado, que o analisará no momento oportuno (2019, p. 431).

A medida aplicada em sede de remissão poderá ser revista judicialmente a qualquer tempo, a pedido do adolescente ou de seu representante, ou do Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio desta pesquisa, verificou-se que as medidas socioeducativas, ainda que tenham um toque punitivo, visam à prevenção e à educação ou à reeducação do adolescente que comete atos conflitantes com a lei.

Dentre as medidas socioeducativas existentes, a advertência é a que se aplica quando a conduta do adolescente e o ato praticado exigem somente uma admoestação verbal, alertando e aconselhando o adolescente sobre suas ações; a obrigação de reparar o dano é a viável quando o ato tem reflexos patrimoniais; a prestação de serviços à comunidade possibilita que o adolescente preste serviço útil à comunidade; a liberdade assistida é aplicada quando o adolescente necessita de um acompanhamento, auxílio e orientação; a mais grave de todas as medidas em meio aberto é a semiliberdade, a qual exige que o adolescente se recolha no período noturno e trabalhe e estude durante o dia; e por último a internação, mais grave e restritiva de liberdade, aplicada quando as circunstâncias graves do caso exigirem.

Como visto, há no Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto da remissão, que é uma forma de perdão do Estado ao adolescente, deixando, dessa forma, de iniciar o processo ou como forma de suspensão deste quando já iniciado, sendo proposta pelo Ministerio Público ou pelo Juiz.

Em que pese alguns autores discordarem e afirmarem ser insconstitucional, prevalece o entendimento de que a remissão pelo Ministério Público pode ser concedida cumulativamente com medida socioeducativa em meio aberto.

O tema já foi objeto de discussão no Superior Tribunal de Justiça e também no Supremo Tribunal Federal, sendo declarada a constitucionalidade do dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente que traz a possibilidade de concessão da remissão juntamente com medida socioeducativa pelo Promotor de Justiça.

Por fim, deve-se destacar que, ainda que seja plenamente possível a remissão ministerial cumulada com medida socioeducativa, não se deve olvidar que a proposta deve ser analisada por defesa técnica, bem como passar pelo crivo do Juiz competente, que lhe dará exigibilidade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional; e altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); 7.560, de 19 de dezembro de 1986, 7.998, de 11 de janeiro de 1990, 5.537, de 21 de novembro de 1968, 8.315, de 23 de dezembro de 1991, 8.706, de 14 de setembro de 1993, os Decretos-Leis nºs 4.048, de 22 de janeiro de 1942, 8.621, de 10 de janeiro de 1946, e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 26 mar. 2020.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8069/90, de 13 de julho de 1990.** 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e aos direitos humanos**. Barueri, São Paulo: Manole, 2003.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade; et al. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 4 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direitos difusos e coletivos IV (Estatuto da criança e do adolescente).** Coleção saberes do direito, 37. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Sinase**: Sistema nacional de atendimento socioeducativo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolecente**: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo. 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 395.173/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 31/08/2017. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp. Acesso em: 04 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Súmula número 108.** https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_7_capSumula108.pdf. Acesso em: 04 jun. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 229382, Relator: MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 26/06/2002, DJ 31-10-2002 PP-00020 EMENT VOL-02089-02 PP-00231. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur98472/false. Acesso em: 04 jun. 2020.

22

O BRASIL E A CENTRALIZAÇÃO DO PODER: manutenção ou alteração de uma cultura política?

Leonardo Palú Jantara[1]
Rafael Sottili Testa[2]

RESUMO: O presente artigo consiste em uma análise da distribuição do poder no Brasil, ao longo de sua história e no presente, bem como os seus reflexos na administração da coisa pública. O objetivo é aferir a existência de uma cultura política de Centralização do Poder, sua manutenção e/ou mutação em face das mudanças advindas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como sobre as consequências práticas dessa conjuntura na atualidade. Para tanto, fez-se uso de um método indutivo através de uma pesquisa bibliográfica, e constatou-se a existência da tradição política aventada, e sobre sua manutenção. Concluiu-se que o modelo atual de distribuição de Poderes entre os entes federados produz um desiquilíbrio entre eles, e, que os interesses estaduais e municipais precisam de novos mecanismos para encontrarem efetivação na prática.

Palavras-chave: Autonomia Regional. Centralização. Pacto Federativo.

[1] Graduando em Direito na Universidade Regional Integrada, E-mail: leonardojantara@gmail.com.
[2] Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Mestre em Gestão de Políticas Públicas – UNIVALI/SC. Especialista em Direito Constitucional – UnC/SC. Professor dos cursos de Direito da URI–Campus de Erechim/RS e UnC–Campus de Concórdia/SC. Membro do Grupo de Pesquisa: Estado, Administração Pública e Sociedade, vinculado ao CNPq, coordenado pelo Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Professor Doutor Rogério Gesta Leal, UNISC/RS. E-mail: rafatesta@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Tecer comentários sobre a organização do Estado, divisão de poderes e distribuição de competências é um esforço que já fora realizado por muitos, e, em especial, na obra "Do Espírito das Leis", de Montesquieu (2014, p.230), designando que "há em cada estado três tipos de poderes, o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das nações e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil".

Nessa esteira, a análise do pacto Federativo, visando discutir como o Poder é distribuído pelos entes que compõe o Estado, tornou-se tema sobre o qual diversos juristas, filósofos e outros pensadores já se debruçaram, como narrou Amir Limana, em 1999

> O atual debate político no Brasil sobre o federalismo e a descentralização política-administrativa começa a tomar corpo e acirrar os ânimos de todos os que com a discussão se envolvem, indo muito além do círculo político e acadêmico diretamente envolvidos com a temática. Um dos motivos a alimentar este debate diz respeito ao fato de possuirmos um regime presidencialista extremamente centralizado.

Décadas mais tarde, tem-se que esta questão não seja uma pauta superada, uma vez que o debate ganha novos delineamentos com as correntes modificações da sociedade.

> As definições que pretendem esclarecer a natureza do poder e a finalidade do Estado tornam-se complexas e contraditórias. E todas aquelas que atribuem ao Estado um fim em si são contrapostas à doutrina democrática. O Estado, democraticamente considerado, é apenas uma instituição nacional, um meio destinado à realização dos fins da comunidade nacional (MALUF, 2017, p. 36).

Analisando esse tema sob o prisma da história brasileira, denota-se que, desde antes desta terra carregar tal nome, sucederam-se políticas de Estado, implantadas por estadistas portugueses e brasileiros, que visaram centralizar o Poder para a Coroa ou para o Presidente da República.

É partindo dessa conjuntura fática que o presente artigo visa elucidar como, evento após evento, essa sequência de episódios históricos construíram e sedimentaram uma cultura político-jurídica no Brasil.

Uma vez entendida e devidamente exposta a premissa de que a concentração de Poder se tornou uma cultura, arraigada à administração da coisa pública, se indagará como tal cultura se reflete no presente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 foi tida, por muitos estudiosos, como um marco no esforço de descentralização do Poder.

Atualmente, decorridas mais de 3 décadas da promulgação da Constituição Federal, é possível verificar seus reflexos e ter bases fáticas para discorrer se, de fato, a descentralização é uma realidade ou foi apenas uma esperança.

1 A Criação de uma Cultura Política

A administração da coisa pública fora realizada das mais variadas formas ao longo dos séculos após a chegada dos portugueses no solo brasileiro. Naturalmente, cada período da história deste país foi marcado por demandas específicas, e exigiu de quem o conduzia uma postura adequada a realidade temporal.

A primeira tentativa de administração das terras do novo-mundo se deu de modo descentralizado, com as chamadas capitanias hereditárias.

Passadas três décadas da chegada de Cabral, visando resguardar a costa e explorar o novo-mundo, a coroa portuguesa instituiu as chamadas Capitanias Hereditárias (1532), dividindo o território do Brasil que cabia a Portugal, segundo o Tratado de Tordesilhas, em 15 quinhões, divididos por linhas paralelas ao equador, e entregues aos chamados capitães-donatários (FAUSTO, 2019, p. 41).

A eles eram conferidos grandes poderes, uma vez que, "do ponto de vista administrativo, eles tinham o monopólio da justiça, autorização para fundar vilas, doar sesmarias, alistar colonos para fins militares e formar milícias sob seu comando" (FAUSTO, 2019, p. 41).

No entanto, esse modelo administrativo descentralizado não restou exitoso, posto que apenas duas capitanias – São Vicente e Pernambuco – tiveram sucesso, levando a Coroa a pensar em uma nova forma de conduzir os seus interesses na Colônia. É nesse panorama que surge a primeira tentativa de centralização política no Brasil. Em 1549, "A instituição de um Governo-geral representou um esforço de centralização administrativa [...]" (FAUSTO, 2019, p. 43).

Passados os anos sob a égide deste sistema, em 1763, a sede do governo foi transferida para o Rio de Janeiro, e o governador-geral passou a receber o título de vice-rei, dispondo de inúmeras atribuições, alastrando-se inclusive na esfera judiciária (FAUSTO, 2019, p. 58).

Ainda durante este período, conhecido como administração Pombalina, houveram outras medidas que demonstravam a tendência de repelir qualquer autonomia local, tendo como exemplo a expulsão dos jesuítas

> Uma das medidas mais controvertidas da administração pombalina foi a expulsão dos jesuítas de Portugal e seus domínios, com confisco de bens (1759). Essa medida pode ser compreendida no quadro dos objetivos de centralizar a administração portuguesa e impedir áreas de atuação autônoma por ordens religiosas cujos fins eram diversos dos da Coroa (FAUSTO, 2019, p. 96)

Esse posicionamento da Coroa ganhou nitidez quando ela fez demonstrações públicas de como tratava daqueles que buscassem autonomia administrativa. A Inconfidência Mineira de 1789 foi um marco nesse sentido.

Em apertada síntese, tratava-se de um movimento rebelde capitaneado pela elite mineira, cujos objetivos incluíam proclamar uma República na região, com inspiração na Constituição dos Estados Unidos. Os projetos, contudo, não foram postos em prática, pois os conspiradores foram denunciados e presos. "A partir daí, começou uma grande encenação da Coroa, buscando mostrar sua força e desencorajar futuras rebeldias. Só a leitura da sentença durou dezoito horas!...", momentos depois, chegou uma carta da Rainha convertendo as penas de morte em banimento, com exceção de Tiradentes que, após ser executado, teve seu corpo retalhado e sua cabeça exposta no centro da praça principal de Ouro Preto (FAUSTO, 2019, p.101-102).

O aspecto mais importante desse evento está na esfera simbólica. Ao tomar ciência do ocorrido, a resposta da coroa não foi a de um tribunal que avalia os prejuízos do ilícito e o julga atribuindo uma pena correspondente. Foi, em verdade, uma demonstração pública de que a intenção da monarquia era manter o poder concentrado nas mãos de um pequeno grupo de pessoas, e que, se algum outro grupo buscasse autonomia, seu destino não destoaria do de Tiradentes.

Outro movimento importante para análise do tema foi a Revolução Pernambucana de 1817. Movidos por um sentimento antilusitano, somado ao descontentamento com as ações da Corte, diversos setores da sociedade se

posicionaram contra o regime. "Para os grandes proprietários rurais, tratava-se de acabar com a centralização imposta pela Coroa e tomar em suas mãos o destino, se não da Colônia, pelo menos do Nordeste". O resultado foi a implementação de um governo provisório republicano, sendo derrotado pelas forças portuguesas em maio de 1817 (FAUSTO, 2019, p.111).

Poucos anos depois, a Proclamação da Independência em 1822 representou uma ruptura com Portugal, mas deixou heranças. Além de uma dívida com a Inglaterra, o Brasil manteve as tradicionais políticas centralizadoras portuguesas. Sob a direção de Dom Pedro I, as ideias de José Bonifácio de Andrada e Silva ganharam espaço no espectro político brasileiro. Em um livro de sua autoria, ele sugere a criação de uma cidade no centro do Brasil, visando desenvolver o povoamento (FAUSTO, 2019, p.115)

Tem-se início, a partir de então, uma política visando impedir que o Brasil se esfacelasse em pequenas repúblicas, como havia acontecido com as américas espanholas que o circundam. Com esse objetivo, "Para o Imperador e os círculos que o apoiavam, era necessário criar um Executivo forte, capaz de enfrentar as tendências democráticas e desagregadoras, justificando-se assim a concentração de maiores atribuições nas mãos do imperador" (FAUSTO, 2019, p.128).

Alguns anos após o Grito do Ipiranga, a Constituição de 1824, sob inspiração das ideias de Benjamin Constant, instituía o Poder Moderador. Disciplinado nos arts.98 a 101 da denominada Constituição Imperial, esse dispositivo legal marcava um modelo político centralizado, garantindo que o Imperador tivesse seu poder resguardado e pudesse intervir na esfera dos outros poderes estatais (BITTAR, 2017, p. 248).

Ulteriormente, sucederam outras revoltas que marcaram o período, caracterizadas pelo caráter separatista, sendo todas, ao final, desmanteladas pelas forças do exército do Imperador.

Além de reforçar a ideia de supremacia do Poder monárquico, existiam outros fundamentos que balizavam a necessidade de centralização político-administrativa naquele momento.

Notadamente, parte do interesse da Coroa em manter essa lógica centralizadora decorria do fato de que a economia do Brasil Império dependia disso para sua sobrevivência, uma vez que sua base econômica era centrada em um regime escravocrata e latifundiário (LIMANA, 1999, n.p).

A república foi proclamada em 1889, e, dois anos depois, era decretada e promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil. No entanto, a descentralização norte-americana não se refletiria na nova carta constitucional brasileira

> Durante o processo constituinte, o tema que suscitou maiores controvérsias foi o federalismo, vencendo a corrente, chamada de unionista, liderada por Ruy Barbosa, que defendia o predomínio da União na gestão do poder da República. Tal posicionamento, consentâneo com a tradição centralizadora do período monárquico brasileiro, não refletia a experiência histórica do federalismo norte-americano, produto de unidades regionais bem estabelecidas... o texto constitucional de 1891, seja no que diz respeito à adoção de um federalismo centralizado, que acabou transformando o Presidente da República numa espécie de "rei sem trono" ou de um "monarca eletivo que se substituía a cada quatriênio", precisamente o contrário do que esperavam os adversários da Monarquia e do modelo unitário de Estado precedente (BITTAR, 2017, p.252).

Em 1930, um novo governo, liderado por Getúlio Vargas, tomava o poder de modo ilegítimo, trazendo uma nova onda centralizadora. "Em novembro de 1930, ele

assumiu não só o Poder Executivo como o Legislativo, ao dissolver o Congresso Nacional, os legislativos estaduais e municipais." (FAUSTO, 2019, p. 284-285).

Não obstante, restringiu a autonomia dos Estados, exigindo a autorização federal para que os Estados pudessem contrair novos empréstimos externos. Ademais, visando obter um maior controle militar sobre as unidades subnacionais, proibiu os estados de "[...] gastar mais de 10% da despesa ordinária com os serviços da polícia militar; dotar as polícias estaduais de artilharia e aviação ou armá-las em proporção superior ao Exército" (FAUSTO, 2019, p.285)

Em 1937, nascia o chamado Estado Novo, mas, a novidade, não seria a descentralização do poder

> O Estado Novo concentrou a maior soma de poderes até aquele momento da história do Brasil independente. A inclinação centralizadora, revelada desde os primeiros meses após a Revolução de 1930, realizou-se plenamente. Os Estados passaram a ser governados por interventores, eles próprios controlados, a partir de um decreto-lei de 1939, por um departamento administrativo (FAUSTO, 2019, p. 312).

Com o retorno da democracia em 1945, uma nova constituinte foi instaurada e as coisas pareciam mudar. Sob a égide na nova Constituição, o Brasil passava a ser uma república federativa, com divisões de competências entre os entes federativos, e o Governo Dutra se colocava como seguidor de um modelo liberal, condenando a intervenção estatal e as práticas de controle do Estado Novo (FAUSTO, 2019, p.344).

Após Dutra, os governos de Getúlio Vargas, Juscelino Kubitschek e Jânio Quadros mantiveram uma política de centralização do poder moderada.

Mas essa democracia marcada pelo otimismo, por grandes mudanças no cenário econômico e pela retomada dos debates sobre o pacto federativo não iria durar muito tempo. "Essas discussões foram interrompidas, de forma abrupta, pelo golpe militar de 1964, tendo aí, os militares, retomado a centralização das decisões políticas e administrativas" (LIMANA, 1999, n.p).

Em suma, a nova democracia foi um intervalo político de 15 anos entre a ditadura Vagas que a antecedeu e o Regime Militar que a sucederia.

O Regime Militar, iniciado em 1964 com o movimento que ocorrera em março daquele ano, trouxe mudanças para o cenário nacional.

> Durante a Ditadura Militar de 1964-1984, o município praticamente perdeu a autonomia em relação ao processo de tomada de decisão política. [...] As mudanças desse período no que diz respeito às relações entre os entes federativos podem ser apresentadas em dois eixos: processo de concentração e controle das ações no tocante a políticas públicas por parte do poder central e, centralização dos recursos orçamentários como instrumento de política econômica, principalmente com a preocupação de redução do déficit orçamentário. (MARIANO, 2012, n.p).

Durante esse período, por intermédio dos Atos Institucionais, tolheu-se parte da autonomia dos Estados e Municípios na medida em que as políticas públicas eram decididas pela cúpula militar que capitaneava o país.

Exemplo disso se colhe da primeira eleição para o governo dos Estados ocorrida durante o regime, o AI-1 não havia tocado nos calendários para tais eleições, que ocorreram de forma direta em 11 estados, mas, dada a vitória da oposição em alguns deles como em Santa Catarina e Mato Grosso, 24 horas após a eleição vinha a lume o Ato Institucional nº2, que "...reforçou ainda mais os poderes do presidente da República" e, no ano seguinte, o AI-3, que "...estabeleceu também o princípio da eleição

indireta dos governadores dos Estados através das Assembleias Estaduais" (FAUSTO, 2019, p. 404-405).

Em 1967 uma nova Constituição estabelecia as bases jurídicas da nação, mas o ápice das medidas que poderiam representar ameaça aos interesses regionais e locais se deu posteriormente, com a instituição do AI-5.

Foi no ano de 1968 que o denominado Ato Institucional de número 5, que perduraria até o início de 1979, foi implantado. Com ele, o Presidente da República podia intervir nos Estados e Municípios, nomeando interventores. (FAUSTO, 2019, p.409).

Conforme se verificou, "[...] a supremacia da União tem raízes sólidas no processo de construção do estado-nação brasileiro" (ARRETCHE, 2015, l.167).
Nesse sentido, tem-se por formada uma cultura política, na concepção do termo empregada por Kuschnir e Carneiro, segundo os quais uma "[...] cultura política refere-se ao conjunto de atitudes, crenças e sentimentos que dão ordem e significado a um processo político, pondo em evidência as regras e pressupostos nos quais se baseia o comportamento de seus atores. (1999, p. 227)

Assim, tem-se que a cultura política da centralização decorreu do conjunto das atitudes dos estadistas brasileiros e portugueses, movidos pela crença de que este modelo de distribuição de poder responderia melhor aos seus anseios particulares ou aos desideratos que a nação nutria segundo seu ponto de vista.

1.1 A Realidade pós Constituição Federal de 1988

Com a retorno do poder aos civis, era o momento de estabelecer uma nova Carta Constitucional, e, dentre os anseios que borbulhavam nos bastidores da Constituinte, a busca por uma maior autonomia local ganhava força. "Na fase de elaboração da Constituição de 1988, foi inserida na agenda política brasileira a necessidade de um processo de descentralização das receitas em benefício do poder local[...]" (MARIANO, 2012, n.p).

Em 1988, a Nova Constituição trouxe incontáveis mudanças nas diversas searas, e, em relação ao Pacto Federativo, conferiu um reconhecimento nunca antes visto aos Municípios, erigindo-os a categoria de entes federados. Além disso, o texto constitucional prometia grandes mudanças na forma federalista, mesclando federalismo, descentralização e participação. (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p. 15).

Por essas razões, esse novo modelo foi concebido pela doutrina como federalismo cooperativo, que teria importância fulcral,

> [...] considerado o vasto território do país um importante instrumento capaz de promover o desenvolvimento político-social de todas as regiões territoriais do Estado e, mediante a autonomia de seus integrantes, eles seriam capazes de desenvolver ações positivas com políticas públicas voltadas às demandas sociais de sua população (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p.16)

A fim de viabilizar a autonomia dos Estados e Municípios, fazia-se premente que estes tivessem independência financeira ou, no mínimo, recursos suficientes para custear sua máquina administrativa e suas políticas públicas. (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p.17).

Assim, a CF/88 alterou o Sistema tributário, passando vários recursos que antes eram da União para os Estados e Municípios (FAUSTO, 2019, 446).

Em suma, essas mudanças no sentido de descentralização decorriam de um pensamento lógico, pautado na ideia de que os cidadãos de um determinado local

possuem maior capacidade de verificar as necessidades de sua região e alocar os recursos de modo mais adequado

> [...] não é difícil para os cidadãos perceberem que se as prioridades nos investimentos dos recursos públicos e o acompanhamento da execução de tais ações fossem definidas pela população diretamente envolvida, os resultados seriam diversos, pois, mesmo mudando os governos, não mudariam as prioridades locais, mantendo uma linha de continuidade e, desta forma, evitando o desperdício de obras inacabadas. É fácil constatar que quando as ações são definidas por simples técnicos, distanciados dos problemas, na capital administrativa, nem sempre dispõem das informações indispensáveis para a tomada de decisões (LIMANA, 1999, n.p).

Na seara legislativa, a Carta Maior alocou os estados como competentes concorrentemente com a União para legislar sobre determinadas matérias, conforme redação do art.24, e, no art.23, partilhou com eles a tarefa de execução (BRASIL, 1988)

Por conta dessas mudanças, parte da doutrina acredita que a constituição impôs uma excessiva descentralização. Tal afirmação, contudo, não é unânime entre os pesquisadores. Segundo Marta Arretche, docente de Ciência Política na Universidade de São Paulo,

> [...] se essa interpretação que diz que a constituição de 88 descentralizou excessivamente o poder no estado brasileiro estivesse correta, o que a gente encontraria como resultado seria a incapacidade de aprovação da lei de responsabilidade fiscal, a incapacidade de solucionar o problema do excessivo endividamento dos estados, a incapacidade da União coordenar políticas de âmbito nacional como o SUS, ou como coordenar as políticas de educação[...] (2012, n.p)

Ademais, a autora expõe que o modelo de descentralização incorporado pela Constituinte somente descentralizou a execução das políticas públicas, não fazendo o mesmo com a competência para legislar sobre elas.

> [...] Quando se decentralizou em 1988, se interpretou, equivocadamente, que havia sido descentralizada a "autoridade sobre"; isso não foi descentralizado, isso permaneceu como prerrogativa da União, e é isso que confere grande poder de iniciativa legislativa e autoridade para a União coordenar políticas...A União centraliza no sentido que todas as decisões relevantes nas mais variadas áreas de politica pública, elas ou são atribuição exclusiva da União ou a União pode legislar sobre elas[...] (ARRETCHE, 2012, n.p).

Além disso, mesmo a Constituição tendo apregoado em seu art.24, §1º que, em sede de competência concorrente para legislar, a União deva se limitar a fixar normas gerais, isso não se perfectibilizou tão nitidamente na prática.

Em muitos casos, a norma geral editada pela União é tão específica que inibe os Estados e Municípios de inovar, fazendo com que normas singulares tutelem realidades diversas, cujas divergências econômicas necessitariam, claramente, de regras mais específicas e adaptadas às conjunturas de cada ente federado (ALESSI; CAMBI, 2019, p.191-193).

Conforme exposto, a inovação abarcada pela nova constituição foi marcada pela descentralização na execução das políticas públicas, mas o Poder de estabelecê-las continuou sob o domínio da União. Desse modo, limitando a esfera de atuação estadual e impedindo que cada Estado haja com a autonomia que lhe é necessária para administrar-se em acordo com suas peculiaridades regionais. Um dos reflexos mais expressivos desse desiquilíbrio federativo se verificou na questão da Dívida Pública.

A diversidade regional brasileira, no espectro econômico, obrigou os estados a procurar novas formas para arrecadar suas receitas. Para tanto, uma das soluções mais aventadas pelos gestores estaduais foi contrair um empréstimo perante à União.

Parte da causa desse problema é que, o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços (ICMS), principal fonte de renda estadual, passou a ser comprometido na disputa entre estados, visando atrair empresas, o que resultou na chamada "guerra fiscal". (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p. 19-20)

Em suma, os estados ficaram em verdadeiro estado de calamidade, posto que, se de um lado precisavam diminuir a sua alíquota de ICMS para atrair a iniciativa privada, visando combater o desemprego e aquecer a economia local, de outro via-se de mãos atadas, posto que, ao reduzir consideravelmente sua arrecadação de ICMS, limitavam substancialmente sua capacidade para garantir ao cidadão os direitos que lhe cabiam.

Essa situação se agrava ainda mais, quando se constata que, com o "[...] crescimento do papel do Estado na efetivação dos direitos sociais, que demandam recursos, o orçamento acumula tamanha importância para os governos em razão da necessidade de elaborar políticas públicas com responsabilidade;"(TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p. 38)

Esses fatores acabaram aumentando a dívida dos Estados perante a União que, na posição de credora, impunha diversas medidas aos estados como condições para a renegociação da dívida, afetando consideravelmente a autonomia dos Estados. (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p.20)

Em razão dos níveis a que estava chegando esse endividamento, a União optou por criar um mecanismo para refinanciar as dívidas, concernente na Lei nº 9.496/1997, que, entre as condições de concessão, prescrevia que os estados deveriam promover "[...] uma ampla reforma do Estado, mediante a privatização de empresas estatais estaduais, saneamento e venda dos bancos públicos estaduais, bem como a reorganização dos processos internos coma finalidade de obter mais eficiência" (TESTA; MUSTIFAGA, 2019, p.42).

A análise do caso da Dívida Pública serve para demonstrar como o desnível nas decisões pode abalar o equilíbrio do Pacto Federativo.

No panorama geral, ficou a União com o poder de legislar e criar suas políticas públicas genéricas, restando aos demais entes federados cumprir suas ordens, cuja generalidade vai de encontro com a patente diversidade regional verificada entre os estados brasileiros.

Não obstante, na busca pelo cumprimento das ordens supra estaduais, os Estados, em virtude de suas limitações, acabam se endividando com a União, que, para repactuar a dívida, lhes impõe outras obrigações através de suas cláusulas.

Assim, como se verificou "[...] ao contrário do que imaginaram os constituintes e repetiram os analistas, as mudanças de 1988 são apresentadas como mais um capítulo do grande movimento de centralização estatal iniciado nos anos 1930" (ARRETCHE, 2015, l. 70).

Insta mencionar que, segundo a mesma autora, essa concentração de poder também encontrou respaldo na desconfiança que a população mantinha em face dos governantes locais. Em razão disso, somado a ideia de construção de uma nação, nasceu "[...] o princípio de que a União está autorizada a regular e supervisionar as unidades constituintes teve supremacia sobre a defesa da autonomia decisória destas últimas" (ARRETCHE, 2015, l. 165)

Portanto, remanesce acesa a busca por um modelo de distribuição de poderes mais equilibrada, que permita aos Estados e Municípios definir e executar as políticas públicas mais relevantes a cada ente federado.

Um exemplo do que poderia ser feito, extraído do direito comparado, é o caso da Alemanha, em que para a aprovação de uma matéria que afete o interesse das unidades constituintes é necessário um procedimento distinto. Outra proposta interessante se colhe no ordenamento jurídico da Itália, em que emendas à constituição que afetem o interesse das regiões requerem, para sua aprovação, um refendo. (ARRETCHE, 2015, l. 187-198)

Indo para o campo da representatividade, também é possível notar problemas em relação a forma como os interesses são defendidos dentro do Congresso Nacional. O Senador tem, por fundamento de existência, a missão de fazer valer o ponto de vista do Estado que representa.

> Para que os Estados-membros possam ter voz ativa na formação da vontade da União – vontade que se expressa sobretudo por meio das leis –, historicamente, foi concebido o Senado Federal, com representação paritária, em homenagem ao princípio da igualdade jurídica dos Estados-membros. (MENDES; BRANCO, 2019, p. 899)

Com base nessa premissa, seria lógico esperar que eventuais projetos de lei do governo federal poderiam ser paralisados quando fossem de encontro ao interesse de bancadas estaduais que votassem de forma coesa. No entanto, o que se verifica na prática é que "O pertencimento partidário é o principal fator explicativo do comportamento parlamentar das bancadas estaduais na tramitação de matérias que afetem os interesses das unidades constituintes. Essas são negociadas no interior das siglas partidárias" (ARRETCHE, 2015, l. 209)

Portanto, é necessária a criação de mecanismos que viabilizem aos Estados alguma forma de veto contra medidas federais que os afetem sem pedir a sua anuência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que, portanto, não foram raros os fatos históricos aptos a mostrar a postura centralizadora do Estado, bem como não foram poucos anos em que esse modelo centralizador esteve em prática. Em suma, tratam-se de séculos que, geração após geração, governo após governo, sedimentaram essa forma de governar e promoveram a construção de uma cultura política centralizadora no Brasil.

A centralização nasceu no que seria chamado de Brasil, durante o período colonial, como uma solução encontrada pela Coroa para tutelar o território em razão do insucesso das Capitanias Hereditárias. Depois, contudo, tornou-se uma regra visando a subsistência do sistema econômico da época.

A proclamação da República não mudou essa realidade, a revolução de 1930 reforçou essa tradição e centralizou ainda mais o Estado, e o curto período democrático iniciado em 1945, que rompeu com as ideias do Estado Novo, afrouxou, mas não cortou os laços com a cultura centralizadora, que teria expressão com o Regime Militar.

Superado esse jejum democrático, a constituinte trouxe ares de esperança, e promoveu, de fato, modificações significativas, principalmente em relação aos municípios. Em seu cerne, contudo, manteve os reflexos de uma cultura política já enraizada, o que foi verificado analisando os problemas decorrentes dessa distribuição de poder, como a crise da dívida pública e os percalços enfrentados pelos entes subnacionais para adaptar a legislação federal as necessidades regionais.

Insta consignar que a solução não é simples, e muito menos exprimível dentro dos limites de um artigo acadêmico. Não basta a mera produção legiferante. O sucesso de um projeto com o desiderato de reequilibrar o poder depende da criação de um mecanismo que possibilite uma interação vertical e horizontal entre os entes federados,

de modo a possibilitar a execução dos projetos públicos arquitetados pela União em consonância com os interesses dos demais entes.

REFERÊNCIAS

ARRETCHE, Marta. **Democracia, federalismo e centralização no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2015. Edição do Kindle. Paginação Irregular.

ARRETCHE, Marta, Livros: Democracia, Federalismo e Centralização no Brasil. 2012. 1 vídeo (16min). Publicado pelo canal UNIVESP. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=L5i_GAXzpM0. Acesso em: 29 de abril de 2020.

ALESSI, Dylliardi; CAMBI, Eduardo**. A distribuição de competências legislativas entre os entes federados brasileiros**. Revista dos Tribunais. Vol.1003. ano 108. p.181-208. São Paulo: Ed. RT, 2019.

BITTAR, B., E. C. **História do Direito Brasileiro - Leituras da Ordem Jurídica Nacional**, 4ª edição. São Paulo; Editora Atlas LTDA, 2017. 9788597013597. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597013597/. Acesso em: 28 Apr. 2020

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2020.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2019.

KUSCHNIR, K. e CARNEIRO, L. P. As Dimensões Subjetivas da Política: Cultura Política e Antropologia da Política. **Estudos Históricos**, Vol.13, nº24, pp. 227-250, 1999.

LIMANA, Amir. **O PROCESSO DE DESCENTRALIZAÇÃO POLÍTICA - ADMINISTRATIVA NO BRASIL**. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales: I Coloquio Internacional de Geocrítica, Barcelona, v. 1, n. 45, p. 1-1, 01 ago. 1999. Disponível em: http://www.ub.edu/geocrit/sn-45-21.htm. Acesso em: 25 jul. 2020.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARIANO, Jefferson. **Tendências de centralização política e econômica no Brasil.** Perspectiva Econômica, [S.L.], v. 8, n. 2, p. 98-107, 17 dez. 2012. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. http://dx.doi.org/10.4013/pe.2012.82.03. Disponível em: http://revistas.unisinos.br/index.php/perspectiva_economica/article/view/pe.2012.82.03. Acesso em: 25 jul. 2020.

Mendes, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. – (Série IDP)

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Trad. Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2014.

MUSTIFAGA, Marlene; TESTA, Rafael. **Dívida Pública**: do federalismo de cooperação à perda da autonomia do Estado. Santa Cruz do Sul: Esse nel mondo, 2019.

23
O Sigilo das Informações entre Advogado e Cliente Frente ao Dever de Comunicação de Atividades Suspeitas Previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro

Laura Zanella [1]
Andrey Henrique Andreolla[2]

RESUMO: A Lei n.º 9.613/1998, que dispõe sobre o crime de lavagem de dinheiro, previu, no art. 9º, que os profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência, são obrigados a prestar informações consideradas suspeitas às autoridades, a fim de auxiliar no combate ao referido delito. Embora não esteja expressamente previsto na lei, os advogados estão entre os profissionais que exercem tais atividades, o que ensejaria sua obrigação legal de comunicar as ações suspeitas de seus clientes. Nesta senda, surgiu uma problemática envolvendo o conflito de normas, porquanto o dever de comunicação imposto pela Lei de Lavagem contraria o disposto na Lei n.º 8.906/1994, que garante o sigilo das informações entre advogado e cliente. Constatou-se que, ao exercer as atividades típicas da advocacia, o advogado não tem o dever de comunicar ou notificar as autoridades de eventuais atividades

[1] Graduanda em Direito na Universidade Regional Integrada, E-mail: laura.zanella@outlook.com.
[2] Professor na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Erechim. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com bolsa integral CAPES. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões - URI - Campus de Erechim. Integrante do Grupo de Pesquisa Criminologia, Cultura Punitiva e Crítica Filosófica (PUCRS). Autor de artigos e trabalhos nas áreas de direito penal, processo penal e criminologia. Coorganizador e coautor do livro "Violência, Crime e Segurança Pública: Perspectivas contemporâneas em Ciências Criminais". Parecerista da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM), periódico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da Associação das Advogadas e dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul (ACRIERGS). Advogado. E-mail: andreyandreolla@uricer.edu.br.

suspeitas praticadas por seus clientes, porquanto o Estatuto da OAB é aplicado por conter regra específica de sigilo, em sobreposição ao dever genérico de comunicar previsto na Lei de Lavagem. Para a elaboração deste estudo, foi utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. O método de abordagem foi o indutivo, e o de procedimento foi o analítico-descritivo.

Palavras-chave: Advogado. Lavagem de Dinheiro. Sigilo.

INTRODUÇÃO

A prática da lavagem de dinheiro remonta ao século XVII, época em que os piratas, ao invés de enterrar os tesouros, como popularmente se conhece, mantinham um esquema de lavagem. Apesar de a prática ser antiga, a expressão "lavagem de dinheiro" surgiu por volta de 1920, nos Estados Unidos, período em que a máfia norte-americana se utilizava de lavanderias para ocultar o dinheiro proveniente de atividades ilícitas que praticava. O delito foi chamado de "*money laundering*" e somente foi judicializado em 1982.

No Brasil, o delito está previsto na Lei n.º 9.613/98, com relevantes alterações trazidas pela Lei n.º 12.683/12. A lavagem de dinheiro é complexa e difícil de ser provada, já que o produto do crime passa por um processo composto por três fases comunicantes entre si, com o intuito de disfarçar sua origem ilícita, sendo integrado no sistema financeiro por meio de diversas transações, sem comprometer os envolvidos, de modo a proporcionar aparência lícita aos bens obtidos de modo ilegal.

A Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998 estabelece que a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem de dinheiro não deve ficar restrita tão somente ao Estado e seus órgãos, mas deve envolver toda a sociedade. Nesse sentido, a Lei de Lavagem estabelece que os sujeitos elencados no art. 9º devem cumprir o disposto nos artigos 10 e 11, a fim de colaborar no combate ao delito. Uma classe de sujeitos que está obrigada a prestar informações consideradas suspeitas às autoridades é a de profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência e, embora não esteja expressamente previsto na lei, os advogados estão entre os que exercem esse tipo de atividade.

É sabido que o advogado possui direitos de sigilo de informações previstos no Estatuto da OAB, nesta senda, surge um questionamento pertinente e alvo de discussões: seria possível exigir que o advogado forneça as informações que pareçam suspeitas às autoridades para ajuda no combate à lavagem de dinheiro? Partindo desta indagação, o presente estudo busca constatar se o profissional, no exercício das atividades típicas previstas na Lei n.º 8.906/94, tem o dever, ou não, de comunicar as atividades ilícitas ou suspeitas praticadas por seus clientes.

Para a elaboração deste estudo, será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e documental, através de consulta em livros, periódicos e legislação. O método de abordagem será o indutivo, e o de procedimento será o analítico-descritivo. Inicialmente, serão analisados o conceito e os principais aspectos da lavagem de dinheiro e, após, será estudado qual o papel do advogado no combate ao delito, e se realmente deve comunicar as autoridades caso se depare com alguma atividade suspeita no exercício da profissão, considerando o direito ao sigilo de informações previsto na Lei n.º 8.906/94.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO

Em que pese a prática seja antiga, a expressão "lavagem de dinheiro" surgiu por volta de 1920, nos Estados Unidos, sendo o delito chamado de "*money laundering*". Entende-se que a origem remonta à época em que os gângsteres norte-americanos (Máfia) se utilizavam de lavanderias para ocultar o dinheiro proveniente de atividades ilícitas que praticavam. Buscavam justificar, por intermédio de um comércio legalizado, a origem criminosa do dinheiro arrecadado (NUCCI, 2019).

Alphonse "Al" Capone ou *Scarface*, provavelmente um dos gângsteres mais famosos da Máfia, criou uma organização criminosa nos Estados Unidos, na década de 1920, durante a chamada "Era da Proibição", arrecadando cerca de US$ 100.000.000 (cem mil dólares) em receitas obtidas ilegalmente, que ele lavou através de diversas empresas. Em 1930, acabou sendo preso, mas não em razão da lavagem de dinheiro ou atividades como contrabando, prostituição ou jogos de azar, mas por ter sido considerado culpado de uma sonegação de aproximadamente US$ 1.000.000 (um milhão de dólares). Sua prisão acabou ocasionando o encerramento de suas atividades em Chicago, o que impôs aos demais criminosos uma melhor organização na prática de suas atividades ilícitas (URIBE, 2003).

Gângsteres posteriores, como Meyer Lansky, compreenderam a importância de criar empresas, não apenas como mecanismos para lavagem de dinheiro, mas também para servir de fachada para suas atividades ilícitas. Las Vegas foi famosa na década de 1940 por ser uma ferramenta de lavagem de dinheiro, especialmente por pessoas como Mayer Lansky e Benjamin "*Bugsy*" Seigel, já que os cassinos são notórias fachadas de negócios para atividades ilegais (URIBE, 2003).

O delito de lavagem de dinheiro tomou maiores proporções em meados da década de 70, quando os Estados Unidos da América passaram a investigar o tráfico de drogas e a maneira como tais criminosos lavavam o dinheiro oriundo da atividade ilícita. No entanto, a expressão lavagem de dinheiro somente foi judicializada em 1982, quando os norte-americanos apreenderam dinheiro advindo do contrabando de cocaína colombiana (CALLEGARI e WEBER, 2017).

No Brasil, a nomenclatura "lavagem de dinheiro" foi acolhida, segundo a Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998, pois a expressão "branqueamento" não está prevista na linguagem formal ou coloquial do país e traz um sentido racista, bem como para uniformizar a linguagem usualmente empregada em tratados e legislações internacionais sobre a matéria. Além disso, a nomenclatura foi escolhida considerando a conduta praticada pelo lavador, isto é, a transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo e, também, pelo fato de a expressão estar consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em razão de ser utilizada internacionalmente (BRASIL, 1996).

O crime de Lavagem de Dinheiro é muito comum no Brasil e está previsto na Lei n.º 9.613/98, com relevantes alterações trazidas pela Lei n.º 12.683/12. É um delito complexo e exige a ocorrência de um crime anterior para que seja caracterizado. Geralmente ocorre no tráfico de entorpecentes, nos crimes de colarinho branco e outros delitos onde o dinheiro flui com facilidade.

Para ser caracterizado o crime de lavagem de dinheiro, o agente precisa, necessariamente, ter pleno conhecimento da origem ilícita dos bens ou valores que está ocultando ou dissimulando a natureza. No entanto, em alguns casos, é muito difícil para as autoridades demonstrarem que o agente sabia com certeza da origem ilícita dos bens, ainda que existissem vários indícios desta, o que dificulta a punição por este crime.

Conforme explicam Callegari e Weber (2017, p. 3), o delito em questão "ataca frontalmente o sistema econômico-financeiro de um país, afetando a estrutura negocial ao introduzir bens ilicitamente adquiridos e quebrar a regra da livre e justa concorrência.". Além disso, é um crime difícil de ser provado, pois faltam recursos governamentais para as investigações e sempre que uma operação corre risco de ser descoberta, os lavadores a abandonam, ou utilizam de técnicas cada vez mais inteligentes para ocultar os valores ilícitos.

Segundo Oliveira (2019, p. 21), tem-se que o delito de lavagem de dinheiro "caracteriza-se como um processo complexo que reúne um conjunto de operações comerciais ou financeiras que buscam a incorporação, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita na economia legal". Conforme a autora há dois modos de se compreender sistematicamente o delito em comento, um sentido estrito e um amplo. Neste, a lavagem de dinheiro se caracteriza de forma genérica, como um processo de legitimação de produtos ilícitos, obtidos à margem da Administração Pública. Na interpretação restrita, a lavagem de dinheiro é exclusivamente o processo de introdução de bens obtidos ilegalmente na circulação financeira lícita, ocultando sua verdadeira origem.

De acordo com a definição elaborada pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (BRASIL, 2015, p. 1), o crime de Lavagem de Dinheiro pode ser conceituado como "o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal", ou seja, os valores ilícitos são transformados em lícitos por meio de procedimentos utilizados para mascarar sua verdadeira origem. Em sentido similar, Aro (2013, p. 170) assinala que lavagem de dinheiro é "um conjunto de operações por meio das quais os bens, direitos e valores obtidos com a prática de crimes são integrados ao sistema econômico financeiro, com a aparência de terem sido obtidos de maneira ilícita".

Gloeckner (2014, p. 7) entende que o delito de lavagem de dinheiro seria a "transformação da origem ilegal de determinados bens ou valores em outros aparentemente lícitos". Segundo o autor, a prática do delito é muito difícil de ser provada e o produto do crime é raramente recuperado. Nesta senda, o Estado teria que detectar a prática de lavagem antes do mascaramento da origem ilícita do produto do crime para que fosse possível sua prevenção.

Mendroni (2018, p. 20) reza que lavagem de dinheiro "poderia ser definida como o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos financeiros obtidos com atividades ilegais, buscando trazer a sua aparência para obtidos licitamente". Já Andreucci (2019, p. 476) entende que lavagem de dinheiro é "o método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processa os ganhos obtidos em atividades ilegais, buscando trazer para tais ganhos a aparência de licitude".

Bottini traz uma definição completa e de fácil compreensão do delito:

> Lavar dinheiro, como se sabe, é o ato de dar roupagem nova, com aparência de licitude, a produto de crime ou contravenção. É um ato, em geral, complexo e sofisticado (embora isso não seja necessário para caracterizar o delito), que demanda a participação de diversos profissionais. Os agentes de lavagem de dinheiro usualmente usam determinados setores da economia ou do mercado financeiro para conferir aparência licita ao capital originalmente sujo, em especial, aqueles nos quais se realizam cotidianamente um grande número de transações financeiras ou comerciais, como na seara bancária, de negociação de valores mobiliários, ou naqueles em que a apuração do valor real dos bens é mais complexa, como no mercado de artes ou de artigos de luxo. (BOTTINI, 2019, não paginado).

Conforme o autor, o delito é complexo e exige a participação de vários profissionais, de modo que a lavagem de dinheiro é o ato "de dar roupagem nova" ao produto do crime ou contravenção, transformando o dinheiro sujo em dinheiro lícito, através da utilização de diversos setores da economia ou do mercado financeiro.

Da análise dos conceitos formulados pelos autores estudados, depreende-se que praticamente todos os que estudam o delito de lavagem de dinheiro acabam por defini-lo de maneira semelhante. Entende-se por lavagem de dinheiro o processo pelo qual indivíduos mascaram a verdadeira origem ilícita de um bem, transformando-o em um bem aparentemente de origem legal.

Esses bens ilícitos/sujos passam por um processo que possui algumas fases com o intuito de disfarçar sua origem ilícita, sem comprometer os envolvidos, de modo a tornar esses bens lícitos/limpos. Esse processo possui três fases comunicantes entre si: colocação, onde os lavadores introduzem o montante ilícito no sistema econômico através de diversas transações; a ocultação, onde dinheiro ilícito é movimentado por meio de vários negócios, com o intuito de afastar a verdadeira origem da importância; e a integração, que consiste em incorporar formalmente o produto lavado no sistema econômico, como se ele fosse proveniente de uma atividade econômica do cotidiano.

A Lei n.º 9.613/1998 estabelece que as pessoas físicas ou jurídicas que pratiquem as atividades descritas no art. 9º da norma, têm o dever de identificar clientes, manter registros e comunicar operações financeiras, com o objetivo de ajudar no combate ao delito de lavagem de dinheiro (artigos 10 e 11 da lei). Dentre os sujeitos obrigados a prestar informações consideradas suspeitas estão os profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência e, embora não esteja expressamente previsto na lei, os advogados estão entre os profissionais que exercem esse tipo de atividade.

Nesta senda, considerando os direitos de sigilo e inviolabilidade inerentes à advocacia, seria possível exigir que o advogado forneça as informações que pareçam suspeitas às autoridades para ajuda no combate à lavagem de dinheiro?

2 O SIGILO DAS INFORMAÇÕES ENTRE ADVOGADO E CLIENTE E A COLABORAÇÃO NO COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Segundo a Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998, a responsabilidade pelo combate dos crimes de lavagem de dinheiro não deve ficar restrita tão somente ao Estado e seus órgãos, mas deve envolver toda a sociedade, considerando que setores da economia são utilizados pelos lavadores para dar aparência lícita aos produtos do crime, contaminando as atividades legais e, consequentemente, afetando a credibilidade e a estabilidade desses setores. Dessa forma, nada mais coerente de que ajudem ao combate do delito, eis que a atividade delituosa os atinge diretamente. Além disso, a ideia de participação no combate às atividades ilícitas está previsto no art. 144 da Constituição Federal, que preceitua que a segurança pública é um dever do Estado, no entanto, é direito e responsabilidade de todos (BRASIL, 1996).

Nesse sentido, portanto, a política de combate ao delito em estudo passa entre o setor público e o setor privado, sendo que os sujeitos que desempenham atividades sensíveis ao delito de lavagem de dinheiro são obrigados, por lei, a comunicar quaisquer operações consideradas suspeitas. Tais sujeitos atuam como *Gatekeepers*, expressão que significa "porteiro" ou "torre de vigia", sendo responsáveis pela higidez do sistema financeiro e da economia, buscando impedir a circulação de ativos ilícitos, bem como a consumação de negócios jurídicos ilegítimos. Os sujeitos obrigados são os que praticam as atividades elencadas no art. 9º, da Lei n.º 9.613/1998, que devem cumprir o disposto nos artigos 10 e 11 da Lei de Lavagem (VARGAS, 2018).

Preceitua o art. 9º, parágrafo único, inciso XIV, da Lei n.º 9.613/1998, incluído pela Lei n.º 12.683/2012, que:

> Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não: [...] XIV - **as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações**: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais. (BRASIL, 1998). (grifo nosso).

Ainda que não esteja expressamente previsto na lei, os advogados estão entre os profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência. Nesta senda, surge o questionamento se eles são obrigados a cumprir o disposto nos artigos 10 e 11, da Lei n.º 9.613/1998, em especial a regra que determina a comunicação às autoridades públicas de atividades suspeitas e, em caso positivo, que não haja conflito com o dever de sigilo entre advogado e cliente (BOTTINI, 2014).

Embora a Lei n.º 9.613/1998 estabeleça que os profissionais que prestem serviços de assessoria ou consultoria colaborem com as autoridades no combate à lavagem de dinheiro, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n.º 8.906/94), norma de mesma hierarquia, regulamenta a consultoria jurídica. Nesse caso, o exercício da atividade consultiva, pela regra da especialidade, é regido pelo EOAB e, subsidiariamente, pela Lei de Lavagem, a fim de evitar conflitos. Ocorre que, existe o conflito entre essas duas leis no que diz respeito às informações recebidas no exercício da profissão, porquanto uma lei exige a comunicação das operações suspeitas e outra exige o sigilo profissional (BOTTINI, 2014).

Rios e Vieira (2019, p. 6) sustentam que os deveres do advogado para com o Estado e o cliente estão concentrados em "assegurar e instrumentalizar o contraditório e a ampla defesa", razão pela qual o profissional é qualificado como indispensável à administração da justiça, sendo garantidos o sigilo das informações e a inviolabilidade de seus atos. Nesse sentido, a Lei n.º 8.906/94 prevê como direitos dos advogados a recusa em depor como testemunha sobre fato que constitua sigilo profissional, bem como institui a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como seus instrumentos de trabalho, suas correspondências, documentos, mídias, objetos e demais informações entregues pelo cliente, salvo se este esteja cometendo crime juntamente com o advogado como partícipe ou co-autor. Além disso, o art. 133 da Constituição Federal preceitua que o advogado é inviolável por seus atos e manifestações nos limites da lei.

Segundo Bottini e Estellita (2016), o sigilo profissional e a inviolabilidade das informações são os elementos mais importantes para o regular funcionamento da advocacia, ao passo que a relação entre o advogado e cliente é fundada na confiança, já que os dados repassados ao advogado devem ser preservados, não podendo ser expostos a terceiros e, muito menos, ao Estado e seus representantes. O sigilo está previsto no art. 7º da Lei n.º 8.906/1994 e no art. 35 do Código de Ética e disciplina da OAB, sendo que tais artigos preceituam que o advogado tem o dever de guardar sigilo

sobre os fatos que toma conhecimento no exercício da profissão. Nesta senda, considerando o dever de sigilo, seria possível exigir que o advogado forneça as informações que pareçam suspeitas às autoridades?

Conforme os autores supracitados, ao exercer as atividades típicas da advocacia, o advogado não tem o dever de comunicar ou notificar as autoridades de eventuais atividades suspeitas praticadas por seus clientes, que possam caracterizar o delito de lavagem de dinheiro. Todavia, o advogado tem o dever de não colaborar para a prática criminosa, caso contrário poderá ser responsabilizado pela prática do delito. Além disso, caso pratique atividades estranhas à advocacia, deve seguir as regras previstas na lei de lavagem, assim, caso se depare com alguma atividade suspeita, tem o dever de comunicar as autoridades.

Para Gomes e Viegas (2018, p. 8), o sigilo é inerente ao exercício da advocacia "sendo, inclusive, um instrumento legítimo da realização de direitos fundamentais de ampla defesa e contraditório", razão pela qual o advogado, em respeito à garantia da ampla defesa e sua essencialidade na administração da justiça, está dispensado de comunicar as atividades suspeitas de seus clientes às autoridades de combate à lavagem de dinheiro. Todavia, o profissional deve se abster de colaborar com as atividades suspeitas, "especialmente, quando tem razões claras e objetivas para delas desconfiar". Para as autoras, não é possível impor aos advogados o dever de comunicar as atividades suspeitas às autoridades, pois, nesse caso, a profissão não seria exercida de forma plena.

Conforme Netto (2018, p. 125), o sigilo somente é afastado "em casos excepcionais, especificamente quando estiver presente uma justa causa, representada pelas situações de grave ameaça ao direito à vida e à honra do advogado, ou que envolvam sua defesa própria". Nesse sentido, caso o advogado contribua para a prática do crime na condição de coautor ou partícipe, o instituto do sigilo acaba sendo afastado, e o profissional terá o dever de comunicar a operação aos organismos de inteligência financeira.

Segundo o entendimento de Bottini (2014), o advogado que exerce as atividades típicas previstas na Lei n.º 8.906/94 não tem o dever de comunicar as atividades ilícitas ou suspeitas praticadas por seus clientes, porquanto a inviolabilidade dessas informações é protegida por lei especial e, pelo princípio da especialidade, o Estatuto da OAB prevalece sobre o disposto na Lei de Lavagem, já que esta não dispõe expressamente sobre o dever do advogado de comunicar operações suspeitas.

Conforme aponta o referido autor, considerando que, segundo o princípio da especialidade a norma especial afasta a incidência da norma geral, o Estatuto da OAB é aplicado no caso por conter regra específica de sigilo em sobreposição ao dever genérico de comunicar previsto na Lei de Lavagem. Nesta senda, entende que o advogado que exerce funções típicas e privativas da advocacia, delineadas pelo EOAB, não tem o dever de comunicar as atividades ilícitas ou suspeitas praticadas por seus clientes às autoridades de combate à lavagem de dinheiro, tendo em vista o referido princípio.

Torrano (2018) explica que, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal e o Estatuto da OAB separam as atividades típicas da advocacia das demais atividades de consultoria prestadas por outros profissionais. O autor entende que aquele que atuar em outra área ou prestar consultoria distinta da jurídica, se sujeita ao dever de comunicação, previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro, enquanto aquele que exercer as atividades típicas da advocacia previstas no Estatuto da OAB, não se sujeitam ao dever de comunicação. No mesmo sentido, Romano (2014, não paginado):

> [...] o advogado que exerce as funções típicas e privativas de advocacia expressas no art.1º da Lei nº 8.906/1994 (postulação judicial, consultoria e direção jurídicas) está exonerado das obrigações previstas na Lei de Lavagem de Dinheiro. No entanto, aquele que atua em outra área e presta consultoria distinta da jurídica, tem os deveres impostos pela Lei nº 9.613/98, no artigo 9º, XIV. Mas o advogado deve ser abster de contribuir com os atos ilícitos de lavagem de dinheiro. Bem orientado pela doutrina que o advogado, prestando consultoria jurídica, indicar ao cliente a criação de uma *offshore* para aquisição de um imóvel, ou apontando país mais propício para envio de ativos para minimizar a incidência de tributos, ao tomar ciência de que o cliente usará sua orientação para ocultar capitais ilícitos, deve abster-se da orientação, sob pena de ser responsabilizado como cúmplice, bem como ser punido, de forma disciplinar, pela OAB por "prestar concurso a clientes ou a terceiros para realização de atos contrários à lei ou destinados a fraudá-la".

Para o autor, o profissional que exercer as atividades descritas no art. 1º do Estatuto da Advocacia não precisa cumprir o disposto na Lei de Lavagem de Dinheiro, enquanto aquele que exercer atividades distintas da advocacia ou exercer outro tipo de consultoria tem o dever de cumprir com o disposto na referida lei. Ademais, o advogado que prestar consultoria jurídica deve se abster de colaborar com o cliente caso este esteja praticando alguma atividade ilícita, pois, por exemplo, o profissional que indica ao cliente a criação de uma *offshore* para aquisição de imóveis ou até mesmo indica paraísos fiscais para ocultar o produto do crime, corre o risco de ser responsabilizado conjuntamente.

Outrossim, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF já se manifestaram sobre o tema, no sentido de que o art. 9º da Lei n.º 9.613/1998 não se aplica aos advogados. O argumento utilizado foi que a proteção ao sigilo profissional é uma garantia constitucional, bem como a relação de confidencialidade entre advogado e cliente, sendo normas essenciais e inerentes à advocacia e, portanto, devem ser preservadas (BRASIL, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 9.613/1998 dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, que consiste no processo pelo qual indivíduos mascaram a verdadeira origem dos produtos do crime, conferindo aparência lícita aos bens. O processo de lavagem é complexo e sofisticado, exigindo a participação de vários profissionais para colocar, ocultar e integrar os bens ilícitos no sistema econômico, a fim de transformá-los em bens com aparência limpa/lícita.

Os lavadores introduzem o montante ilícito no sistema econômico através de diversas transações, movimentando-o por meio de diversos negócios, com o intuito de afastar a verdadeira origem da importância e incorporar formalmente o produto lavado no sistema econômico, como se ele fosse proveniente de uma atividade econômica do cotidiano. Tendo em vista que esses agentes utilizam determinados setores da economia e do mercado financeiro para conferir aparência lícita ao montante oriundo de atividade criminosa, a Lei de Lavagem conferiu aos profissionais que lidam diretamente com operações financeiras e comerciais, como seguradoras, bolsas de valores, comerciantes de joias, pedras e metais preciosos, entre outros, o dever de comunicação da prática de atividades suspeitas pelos clientes.

Uma classe de sujeitos que está obrigada a prestar informações consideradas suspeitas às autoridades é a de profissionais que prestam serviços de assessoria, consultoria, aconselhamento ou assistência e, embora não esteja expressamente previsto na lei, os advogados estão entre os profissionais que exercem esse tipo de

atividade. Todavia, considerando os direitos de sigilo e inviolabilidade de informações inerentes à advocacia, questiona-se a obrigatoriedade dos advogados em comunicar as possíveis atividades suspeitas praticadas por seus clientes.

O direito ao sigilo está previsto no art. 7º da Lei n.º 8.906/1994 e no art. 35 do Código de Ética e disciplina da OAB, sendo que tais artigos preceituam que o advogado tem o dever de guardar sigilo sobre os fatos que toma conhecimento no exercício da profissão. Além disso, a proteção ao sigilo profissional e a relação de confidencialidade entre advogado e cliente são garantias constitucionais, devendo, portanto, ser respeitadas. Ocorre que, o dever de comunicação previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro colide com o direito ao sigilo previsto no Estatuto da OAB, sendo imprescindível que tal conflito aparente de normas seja resolvido.

Para fins do presente estudo, entende-se que as disposições contidas no Estatuto da Advocacia devem prevalecer sobre o disposto na Lei n.º 9.613/1998, pois contém regras específicas de sigilo, em sobreposição ao dever genérico de comunicar previsto na Lei de Lavagem de Dinheiro. Ademais, o sigilo profissional, a inviolabilidade das informações e a relação de confidencialidade entre advogado e cliente são os elementos mais importantes para o regular funcionamento da advocacia, e a imposição do dever de comunicar as atividades suspeitas praticadas pelos clientes acaba atrapalhando o exercício pleno da profissão.

De outra banda, entende-se que somente os profissionais que exerçam as atividades típicas da advocacia, descritas no art. 1º da Lei n.º 8.906/1994, estão exonerados de cumprir com as obrigações contidas nos artigos 10 e 11 da Lei n.º 9.613/1998, não obstante, aqueles que atuem em outras áreas e exerçam consultoria distinta da jurídica, desde que a atividade esteja prevista no art. 9º daquele diploma legal, têm o dever de cumprir as determinações impostas na Lei de Lavagem. Além disso, ressalta-se que o advogado deve se abster de colaborar ou participar com o cliente caso este esteja praticando alguma atividade suspeita de lavagem de dinheiro, sob pena de ser responsabilizado juntamente com aquele pela prática criminosa.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo A. **Legislação penal especial**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ARO, Rogerio. Lavagem de Dinheiro – Origem histórica, conceito, nova legislação e fases. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. ano III, nº 6, p. 167-177. Unisul de Fato e de Direito, jan/jun. 2013.

BOTTINI, Pierpaolo C. **Advocacia e lavagem de dinheiro**. Disponível em: https://www.oab.org.br/publicacoes/detartigo/48. Acesso em: 04 ago. 2020.

BOTTINI, Pierpaolo C; ESTELLITA, H. A Confiança, o Sigilo e a Inviolabilidade. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 970. ano 2016. p. 19-33, DTR\2016\22219. São Paulo: Revista dos Tribunais, ago. 2016.

BRASIL. **Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em: https://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 3 de Março de 1998. **Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL. Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994. **Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 05 ago. 2020.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos da Lei n.º 9.613/1998**. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/legislacao/exposicao-de-motivos-lei-9613.pdf/view. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL, Ministério da Fazenda (2019). **Lavagem de Dinheiro**: um problema mundial. Portal COAF. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/cartilhas/arquivos/cartilha-lavagem-de-dinheiro-um-problema-mundial.pdf/view. Acesso em: 04 ago. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **OAB e COAF**: não incidência da advocacia à lei da lavagem de dinheiro. 2013. Disponível em: https://www.oab.org.br/noticia/25520/oab-e-coaf-nao-incidencia-da-advocacia-a-lei-da-lavagem-de-dinheiro. Acesso em: 20 ago. 2020.

CALLEGARI, André L.; WEBER, Ariel B. **Lavagem de dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GOMES, Ana B. S da; VIEGAS, Cláudia M. A de. R. Obrigação de Sigilo do Advogado ante a Defesa do Crime de Lavagem de Dinheiro Praticado pelo seu Cliente. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 995. ano 2018. p. 385 – 405. DTR\2018\18284. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2018. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600000174041f5e904a55eab9&docguid=Ib93bded089d811e88fbe010000000000&hitguid=Ib93bded089d811e88fbe010000000000&spos=1&epos=1&td=68&context=5&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 17 ago. 2020.

GLOECKNER, Ricardo J. **Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere***: cultura do controle e política criminal atuarial. 2014. 28 f. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a. Acesso em: 04 ago. 2020.

MENDRONI, Marcelo B. **Crime de lavagem de dinheiro**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NETTO, Aldo R. **Riscos de responsabilidade penal no exercício da advocacia**: uma análise do dever do advogado de comunicar operações suspeitas de lavagem de capitais. 2018. 183 f. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, São Paulo, 2018. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/20706/TCC%20-%20VERS%C3%83O%20FINAL%20REVISADA%20-%20ENCADERNA%C3%87%C3%83O.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 ago. 2020.

NUCCI, Guilherme S de. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 12. ed. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Ana C. C de. **Lavagem de dinheiro**: responsabilidade pela omissão de informações. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

RIOS, Rodrigo S; VIEIRA, Guilherme S. A Prerrogativa do Sigilo sobre Honorários Profissionais e a Lavagem de Ativos: Uma Análise a Partir da Advocacia Criminal como Atividade de Risco. **Revista dos Tribunais Online**. vol. 159. Ano 2019. p. 205 – 242. DTR\2019\39948. São Paulo: Revista dos Tribunais, set. 2019. Disponível em: https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc500000174032098dc8441e1c7&docguid=I53c7ddb0b8cb11e98cc9010000000000&hitguid=I53c7ddb0b8cb11e98cc9010000000000&spos=6&epos=6&td=181&context=86&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 18 ago. 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. O dever de sigilo do advogado e a nova lei de lavagem de dinheiro. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4172, 3 dez. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/33834. Acesso em: 20 ago. 2020.

TORRANO, Bruno. O Advogado Delator: limites isonômicos do "dever de reportar" previsto na lei de lavagem de dinheiro. **Revista CEJ**. Ano XXII. n. 74. p. 72-84. Brasília, jan./abr. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-CEJ_n.74.08.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

URIBE, Rodolfo. **Changing Paradigms on Money Laundering**. The Observer News: Second Quarter, 2003. Disponível em: <https://www.anti-moneylaundering.org/Money_Laundering.aspx> Acesso em: 24 mar. 2020.

VARGAS, Lucas A. S. M. **As Empresas Particulares como *Gatekeepers* e Auxiliares do Estado na Prevenção à Lavagem de Dinheiro**. 2018. 98 f. Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau em Bacharel em Direito, Faculdade de Direito de Curitiba, Curitiba, 2018. Disponível em: https://www.unicuritiba.edu.br/images/tcc/2018/dir/LUCAS-AUGUSTO-SCHNEIDER-MARQUES-VARGAS.pdf. Acesso em: 05 ago. 2020.

24
O *STALKING* E O ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO:
reflexões sobre conduta e a necessidade de incriminação específica

Eliane Horszczaruk[1]
Diana Casarin Zanatta[2]

RESUMO: O propósito da pesquisa é averiguar se há ou não necessidade de incriminar o *stalking* de forma específica pela legislação penal brasileira. A ideia é também construir um estudo que contribua para o esclarecimento do fenômeno, expondo suas problemáticas históricas e os efeitos que o *stalking* pode desencadear na vida privada das vítimas. O *stalking* é um fenômeno social que acarreta graves consequências para quem o sofre, posto que se tratar de uma perseguição insidiosa que tem por intuito ocasionar medo, desconforto e pânico as vítimas. No Brasil essa prática tem se intensificado, até porque a avançada tecnologia propiciou a utilização do cyber*stal*king, como meio anônimo, para vitimizar principalmente mulheres. Emprega-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e estrangeiros relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito penal.

Palavras-chave: *Stalking*. *Ciberstalking*. Criminalização. Perseguição. Vítimas mulheres.

---

[1] Acadêmica do 6º semestre do Curso de Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. E-mail: eli-hors@hotmail.com
[2] Mestre em Direito, professora no Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim e Delegada de Polícia na PC/RS. E-mail: dizanatta@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

O estudo propõe-se a estabelecer uma reflexão crítica a propósito da conduta denominada *stalking*[1]. A terminologia é de origem inglesa e possui diversas conceituações, mas, em síntese, significa um conjunto de comportamentos que, quando reproduzidos num mesmo contexto, demonstram a ocorrência de uma perseguição insidiosa, com o objetivo de causar medo, desconforto ou até pânico nas vítimas. No Brasil, como será demonstrado, a prática de *stalking* tem se tornado mais frequente e vitimado principalmente mulheres. Não obstante, a conduta não encontra tipificação específica, na legislação penal.

O objetivo da pesquisa é verificar a necessidade ou não de que o *stalking* seja incriminado, de forma específica, pela lei penal brasileira ou se a conduta já encontra regulamentação penal suficiente. Justifica-se a abordagem da temática, porque a prática do *stalking* tem ganhado espaço e assumido patamares constrangedores na sociedade contemporânea, em face da rápida evolução das relações sociais, através da tecnologia. No entanto, o legislador brasileiro não acompanhou essa evolução, deixando uma lacuna no que diz respeito a incriminação do *stalking*. É de fato um fenômeno social ainda pouco conhecido, mas que precisa ser enfrentado.

Para atingir o objetivo proposto, parte-se da identificação da conduta denominada *stalking* e verifica-se as possibilidades de sua configuração. É estabelecido um retrospecto histórico da problemática e, na sequência, são pontuadas as consequências no âmbito da esfera da liberdade da vítima, assim como, outras patologias psicológicas e físicas desencadeadas a partir do *stalking*. A ideia é também construir um estudo que contribua para o esclarecimento sobre o fenômeno, diante da insuficiência de estudos sobre a temática.

O estudo aborda também o denominado *cyberstalking*, desencadeado a partir do avanço tecnológico, e que se trata da mesma conduta, porém, praticada em ambiente virtual, ou seja, muda apenas o modo de atuação do seu autor. Em outras palavras, o agressor utiliza o mundo cibernético, com intuito de constranger alguém, camuflando mais facilmente sua autoria.

Utiliza-se, como metodologia, a revisão da literatura, tendo sido examinados obras e artigos científicos nacionais e estrangeiros relacionados ao tema, tomando como aporte teórico a discussão social no campo do direito penal. Complementa-se o estudo com saberes científicos de base psicológica e legislativa sobre as vítimas do *stalking*, mediante busca nos principais indexadores científicos.

1 CONTEXTUALIZANDO O FENÔMENO DO *STALKING*

A tradução simples do vocábulo *stalking* remete à perseguição, porém, a conceituação da conduta mostra-se mais ampla e multiforme, podendo ser definida como uma, dentre tantas, maneira de violência relacional (SPITZBERG; CUPACH, 2007). Pode-se dizer que *stalking* ou estalquear, "é o ato ou instância de seguir alguém furtivamente; o delito de seguir ou demorar-se perto de alguém, em geral sub-repticiamente, com o propósito de importunar ou assediar essa pessoa, ou de cometer outro crime associado, com lesão corporal ou psicológica". (GARNER, 2014 apud GERBOVIC, 2016, não paginado).

De fato, a conduta é bastante ampla e nem sempre, quando é conceituada, consta como elemento definidor do *stalking* o fato de a vítima desse comportamento sentir-se juridicamente ameaçada, alarmada ou angustiada acerca de sua segurança

[1] Tradução livre para perseguição.

pessoal ou da segurança de pessoas por quem seja responsável. Pode ser enquadrada como *stalking* até mesmo a conduta de telefonar repetidas vezes para alguém e permanecer em silêncio. (GARNER, 2014 apud GERBOVIC, 2016).

Apesar das concepções apresentadas, existem inúmeros debates sobre quais elementos ou comportamentos realmente compreendem o *stalking*, podendo-se defini-lo como um conjunto de comportamentos que, quando reproduzidos em um mesmo contexto, visam causar medo, desconforto ou até pânico nas vítimas. Os padrões de comportamento utilizados pelo *stalker* podem parecer inofensivos numa primeira observação, aliás, confundem-se com gentilezas, admiração e até mesmo uma paixão efêmera, porém, devido a persistência, procurando, sempre de forma intencional, seguir a vítima com objetivo de controlá-la, assume-se uma proporção intimidadora que não tem o receio de ultrapassar os limites éticos sociais (SALVADOR, 2015).

O termo nasceu da expressão em língua inglesa *star stalking*, criada na década de 80, nos Estados Unidos da América, para denominar a perseguição obsessiva às celebridades hollywoodianas, tanto por fãs, quanto por jornalistas, os famosos *paparazzi*. Mesmo tendo sido reconhecida como tal somente na década de 80, como visto, trata-se de uma conduta bastante antiga e até mesmo romantizada socialmente, na música e no cinema. Aliás, ainda na década de 80, quem não cantarolou *Every breath you take*, da banda *The Police*, sem sequer se atentar ao fato de que a letra da canção remete a uma pessoa que está sendo vigiada e perseguida por outra? (BALEM, 2020).

Na década de noventa, o interesse a respeito deste problema social intensificou-se. Surgiram estudos nas universidades norte-americanas, que visaram demonstrar que não se tratava de conduta afeta tão somente a um círculo de pessoas públicas, mas de episódios do cotidiano de indivíduos da população em geral. (SPITZBERG; CUPACH, 2007).

Embora qualquer pessoa possa ser autora ou vítima de perseguição insidiosa, independentemente de sexo ou idade, as vítimas preferenciais são mulheres. De acordo com estudos desenvolvidos nos Estados Unidos da América, cujas estatísticas foram apresentadas em 2014, pela *Centers For Diease Contol And Prevention*, cerca de 60% a 80% das vítimas de *stalking* seriam do sexo feminino, 15,2% das mulheres estadunidenses (18,3 milhões de mulheres), já teriam sofrido perseguição durante suas vidas. Essa intimidação fez com que sentissem muito medo ou acreditassem que seriam feridas ou mortas. O percentual de homens que teriam sido vítimas seria de apenas 5,7% ou quase 6,5 milhões de homens (SPITZBERG; CUPACH, 2007).

A Associação Portuguesa de Apoio à Vítima de *stalking*, denominada APAV, em 2013, apontou que as vítimas mulheres demonstram sofrer maior impacto na saúde mental, diante da situação de coação, quando comparadas com vítimas do sexo masculino. A mesma associação também aponta que, embora qualquer indivíduo esteja exposto a este fenômeno do *stalking*, as mulheres e, em especial, as mais jovens, correspondem ao grupo mais vulnerável. Os estudos realizados pela APAV, demonstraram que, além da maior parte das vítimas serem mulheres, a maioria dos agressores seriam pessoas de suas relações íntimas de afeto, tais como namorados e ex-namorados ou maridos (APAV, 2013).

Além do que fora apontado, de acordo com a APAV (2013), existem outras maneiras de vitimização pelo *stalking*, menos recorrentes, mas que igualmente são capazes de impor verdadeiro pavor à vítima. Essas condutas ocorrem quando praticadas por desconhecidos, colegas de trabalho, amigos que tiveram uma maior aproximação e até mesmo fãs, no contexto de celebridades. Esse apontamento é importante, em função do objeto da problemática proposta, qual seja, a ausência ou

não de incriminação suficiente no ordenamento jurídico penal brasileiro. Havendo diferenciação entre as práticas consideradas *stalking* e as vítimas dele, poderá haver conclusão diversa sobre as soluções jurídicas a serem aplicadas.

Para estabelecer com maior clareza os riscos aos quais as vítimas do *stalking* estão submetidas, pesquisadores criaram sub categorias para o *stalker,* observando basicamente dois eixos: o tipo de relação com a vítima e a motivação. De acordo com a pesquisa, o tipo mais comum de *stalker* é o rejeitado, ou seja, ex-parceiros, familiares, amigos, colegas de trabalho. A motivação para estes seria "reestabelecer relacionamento" ou o "desejo de vingança pela relação terminada". O risco para a vítima é considerado elevado. (MULLEN et al, apud GRANGEIA; MATOS, 2012, p. 38).

O segundo tipo de *stalker* identificado é o ressentido, estabelecido como "qualquer pessoa que tenha atraído a inimizade do/a *stalker*", por exemplo, no contexto profissional. O motivo da conduta é o "desejo de vingança". Esse tipo de *stalker* pratica normalmente ameaças, mas, de acordo com a pesquisa, raramente é violento. O risco, nesse caso, é elevado para persistência (MULLEN et al, apud GRANGEIA; MATOS, 2012, p. 38). Outro tipo de *stalker* é aquele que está "em busca de intimidade". Nesses casos, "habitualmente as vítimas não mantêm qualquer relação com o/a *stalker*". São os casos das celebridades, contatos ocasionais e contextos profissionais. O *stalker* objetiva "estabelecer uma relação de intimidade, que é fantasiada ou idealizada (fixação patológica num alvo)". Pode-se dizer que há "risco elevado de persistência e de reincidência", porém, raramente são violentos, ou seja, as "vítimas mais prováveis são terceiros, percebidos como obstáculos ao relacionamento idealizado". (MULLEN et al, apud GRANGEIA; MATOS, 2012, p. 38).

O subtipo rotulado pela pesquisa como cortejador inadequado é composto habitualmente, por pessoas desconhecidas ou com quem a vítima mantém contato ocasional. Esse *stalker* visa "estabelecer uma relação de intimidade (abordagens inadequadas resultantes de dificuldades interpessoais)". Pratica ameaças, mas raramente é violento. São Perseguições de curta duração e há "risco elevado de reincidência num novo alvo". (MULLEN et al, apud GRANGEIA; MATOS, 2012, p. 39).

O último subtipo, denominado predador, é o mais raro e mais perigoso. Formado por pessoas desconhecidas, que buscam "recolher informação sobre a potencial vítima, numa fase preparatória de agressão sexual". Há risco elevado de violência (MULLEN et al, apud GRANGEIA; MATOS, 2012, p. 39). A série *You,* da Netflix (PILOTO, 2018) retrata muito bem o subtipo considerado predador: um sujeito desconhecido da vítima, que dela se aproxima, procura obter todas as suas informações, cria um vínculo afetivo a partir dessas informações logradas através de uma perseguição sub-reptícia e, quando consegue aproximar-se da vítima e manter com ela relacionamento íntimo amoroso, acaba matando-a.

Tanto no caso do rejeitado, quanto no caso do predador, pode-se dizer que o comportamento manifesta-se com maior gravidade e possibilidade de implicar em lesões corporais, com importante risco de morte à vítima, em especial a mulher, já que estas tendem, inclusive, a sentir-se culpabilizadas, pois já conviveram com o indivíduo, o que as faz postergar a procura por ajuda.

Como desfecho para entender a gravidade dessas práticas, a pesquisa realizada pelo Inventário de Vitimação por *stalking*, no ano de 2010, constituída por 1.210 participantes portugueses, sendo desses 52,9% do sexo feminino, constatou que o comportamento do *stalker* de maior incidência é a tentativa de contato indesejado, tendo 79,2% da população feminina experimentado tal constrangimento. Além disso, 44,5% foram constantemente perseguidas. Destarte, em 21,2% dos casos ocorreram agressões, destes, cerca de 61,2% informaram terem sido vítimas de violência psicologica e 14,3% de violência física. Por fim, a estatística aterrorizante é que mais de

80% das mulher referiram que os comportamentos ocorriam diariamente ou semanalmente, sendo que 15,3% destas atitudes perduraram por mais de dois anos (MATOS; GRANGEIA; FERREIRA; AZEVEDO, 2011).

2 O *CYBERSTALKING* E SUAS IMPLICAÇÕES

Definido o *stalking,* objeto central do estudo, ainda há que se especificar uma subespécie dele, denominada *cyberstalking*, para que se tenha a dimensão correta do problema. De fato, em plena era das tecnologias de informação e comunicação, percebe-se a maciça utilização da internet para as mais diversas finalidades, o que inclui a prática de perseguições por *starkers*, originando a modalidade de *cyberstalking* (GOMES, 2016).

A diferença básica entre *stalking* e *cyberstaliking* diz respeito diretamente ao meio utilizado para a prática da conduta. Assim, pode-se dizer que o *cyberstalking* é

> [...] o uso da tecnologia para perseguir alguém e se diferencia da perseguição "offline" (ou mero *stalking*) justamente no que tange o modus operandi, que engloba o uso de equipamentos tecnológicos e o ambiente digital. Além disso, o *stalking* e o *cyberstalking* podem se mesclar, havendo as duas formas concomitantemente. O *stalker* –indivíduo que pratica a perseguição – mostra-se onipresente na vida da sua vítima, dando demonstrações de que exerce controle sobre ela, muitas vezes não se limitando a persegui-la, mas também proferindo ameaças e buscando ofendê-la ou humilhá-la perante outras pessoas. Curiosamente o *cyberstalking* é cometido, muitas vezes, não por absolutos desconhecidos, mas por pessoas conhecidas, não raro por ex-parceiros como namorados, ex-cônjuge, etc. (CRESPO, 2015, n./p.).

Como visto, o *cyberstalking* nada mais é que o *stalking*, só que praticado por meio virtual, podendo ter como alvos adultos, crianças ou adolescentes. De acordo com Gomes (2016), considera-se atitudes desse suposto delito a invasão ilegal no computador da vítima, intromissão nas suas contas de e-mail, redes sociais, o insistente contato com a mesma através dessas redes sociais online ou por e-mail, e a propagação online de conteúdos informáticos íntimos ou manipulados da vítima.

Nesse âmbito da persecução, os ofensores isentam-se de espaço físico, mas caso o tenham, o seu domínio de atuação é o espaço cibernético. Dá para se dizer que a virtualidade oportuniza o anonimato, fazendo com que os indivíduos se tornem mais perigosos e ousados. Além disso, a web viabiliza, de modo eficaz, a localização e identificação do alvo.

Importante expor que a faixa etária vulnerável a estas técnicas são as mulheres jovens. No entanto, a operação de criminalização do *cyberstalking*, obtém implicações de definição e percurso de ação do agressor. O *cyberstalking* é o terceiro risco online mais aludido entre jovens de 10 a 18 anos de idade, do continente europeu. Porém, no Brasil, esses preceitos são irreconhecíveis pelo povo, e sem desempenho do governo para contornar a anomalia. (BASSO, 2020).

3 CONSEQUÊNCIAS DO *STALKING* NA VIDA DA VÍTIMA

A conduta de estalquear, como já apontado, consiste numa perseguição persistente a uma pessoa determinada, com a invasão de sua intimidade e privacidade, gerando reflexos negativos à sua integridade psicológica e emocional (BORTMAN, 2016). Trata-se, portanto, de um assédio persistente, com uma constelação de condutas e situações que decorrem de modo repetitivo, persistente e imprevisível.

Essas práticas acarretam importantes implicações na saúde física e psíquica da vítima, comprometendo seu estilo de vida e até mesmo seu patrimônio. É que a vítima, amedrontada ou até mesmo aterrorizada, percebe a necessidade de reajustar sua rotina diária, vendo desaparecer sua autonomia sobre a própria vida. Diante de estresse e medo, o metabolismo da acometida, acaba demonstrando, no âmbito físico, distúrbios digestivos, alterações de apetite, náuseas, dores de cabeça, insônias, cansaço e exaustão. Além disso, há a possibilidade de eventuais lesões provocadas pelo perseguidor, tais como, hematomas, queimaduras, ferimentos de arma branca ou de fogo, entre outros. (APAV, 2013).

Paralelamente às consequências físicas, estão as de saúde metal, que são consideradas ainda mais desastrosas, resultando em culpa, hiper vigilância, desconfiança, sensação de perigo iminente, sentimentos de abandono, desânimo, falta de controle, perturbações de ansiedade, tais como a perturbação de stress pós-traumático (PSPT), síndrome de estocolmo, depressão, tentativas de suicídio, aumento do consumo de medicação ou de álcool/tabaco, entre outras. (APAV, 2013).

Literalmente, a pessoa lesada perde o seu estilo de vida, uma vez que se isola, modifica seus hábitos, diminui a sua renda, devido aos dias de trabalho perdidos, possui tamanhos encargos econômicos para reforçar as medidas de segurança, isso quando não se muda de cidade, de residência, de carro ou emprego. Portanto, tem-se que o *stalking* produz diversos impactos graves na vida privada das vítimas, atentando contra numerosas esferas desta, seja em sede de consequência das circunstâncias que se encontra, ou de medidas provenientes de segurança. (APAV, 2013).

Foi o que aconteceu, por exemplo, com Jaqueline Naujorks, uma radialista do Mato Grosso do Sul, no ano de 2016, quando começou a ser perseguida por um fã. Ela relata que foram dois anos de insistentes ligações, presentes, investidas de um homem que se dizia apaixonado. O *stalker* perturbava a ponto de efetuar até vinte e cinco ligações diárias para a vítima, além de perturbar também seus amigos e familiares. Em função da constrangedora situação, a radialista mudou-se, para obter proteção, contudo, o *stalker* descobriu o contato do seu novo trabalho e passou a persegui-la pelas redes sociais. O indivíduo motivava sua conduta dizendo que fazia tudo por amor e ordenamento divino e, por isso, a radialista deveria sentir-se lisonjeada. Quando formalizou o segundo boletim de ocorrência, a radialista foi informada de que, devido à ausência de vínculo com o agressor, não teria direito a proteção advinda da Lei Maria da Penha, que prevê medidas protetivas de urgência, porém, a serem empregadas em caso de violência doméstica ou familiar. (REIS; PARENTE; ZAGANELLI, 2019).

4 O *STALKING* NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

O ordenamento jurídico penal brasileiro carece de uma legislação específica que defina e estabeleça punição à prática do *stalking*. Na ausência de um tipo penal específico, a conduta acaba sendo enquadrada como uma contravenção penal.

De fato, a perseguição insidiosa e insistente do *stalker,* e que tantas consequências impõe à vítima, encontra tipificação tão somente no art. 65 do Decreto-Lei nº 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais, que assim dispõe: "molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável: Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa [...]" (BRASIL, 1941, não paginado).

Veja-se que a sanção penal estabelecida no preceito secundário da norma em questão, por si só, já revela a baixíssima gravidade que o bem jurídico protegido recebe. Em termos procedimentais, a contravenção penal de perturbação da tranquilidade alheia, por ter pena máxima cominada abstratamente inferior a dois anos, fica sujeita à Lei do Juizado Especial Criminal, Lei nº 9.099/95, cujo princípio norteador é a

inaplicabilidade de pena restritiva de liberdade. O artigo 61 da lei em questão, considera de menor potencial ofensivo a infração cuja pena máxima não seja maior que 02 anos (BRASIL, 1995). Como tal, a contravenção penal fica afeta à competência dos Juizados Especiais Criminais, cujo princípio norteador é a política do desencarceramento, nos termos do artigo 62 da Lei nº 9.099/95.

Além da contravenção penal invocada, ainda pode haver o enquadramento da conduta em crimes tais como, lesão corporal (artigo 129 do CP), ameaça (artigo 147 do CP), injúria (artigo 140 do CP), valendo as mesmas considerações sobre a perturbação à tranquilidade, ou seja, tratam-se de crimes de menor potencial ofensivo. Caso tenha havido crimes mais graves, tais como lesão corporal de natureza grave ou gravíssima (artigo 129 e seus parágrafos do CP) até mesmo estupro (artigo 213 e seus parágrafos do CP) ou homicídio (artigo 121 e seus parágrafos do CP), evidente que serão tratados com o rigor penal correspondente, porém, isso não modifica o fato de que a conduta anterior a tais crimes, qual seja, a perseguição insistente e insidiosa, não possui tipificação específica.

Evidentemente que, sendo a vítima mulher e havendo ou tendo havido vínculo afetivo ou algum envolvimento familiar ou doméstico entre ela e o autor da prática do *stalking*, o fato submete-se à proteção da Lei Maria da Penha (Lei nº11.340/2006), ou seja, os delitos são os mesmos, porém, a forma de tratamento procedimental é modificada, retira-se a competência do juizado especial criminal e o fato tramita numa vara criminal comum. À vítima é dado postular medidas protetivas de urgência, é aberta a possibilidade de prisão em flagrante e até mesmo de decretação de prisão preventiva, além da conduta autônoma do crime de descumprimento de medida protetiva, previsto no artigo 24-A da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006).

Assim, nota-se que uma parcela dos atingidos pelo *stalking* estará sob o resguardo da legislação protetora, já que se aplicam os preceitos legais àquelas mulheres que se enquadram nas hipóteses lançadas no art. 7º da Lei nº 11.340/06 que explicita quais são as formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, que obterão as medidas de proteção. Continuam sem proteção legal, as demais vítimas, sejam homens ou mulheres, que não possuam qualquer vínculo com o *stalker*.

Embora seja esse o tratamento jurídico penal atualmente disposto, interessa observar que a conduta do *stalker*, na verdade, não afronta tão somente a tranquilidade da vítima. É uma conduta que além de perturbadora, ofende um bem tutelado constitucionalmente, qual seja, a vida privada. A matéria foi discutida em âmbito internacional, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. A Constituição da República Federativa de 1988, também aderiu a tal proteção, considerando-a como direito fundamental. O artigo 5º, inciso X, previu que "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, 1998, não paginado). De fato, a vida privada pode ser conceituada da seguinte forma:

> A vida humana tem início e se desenvolve em sua primeira fase dentro de um espaço estritamente privado. Mesmo após tomar consciência de si mesmo, do outro e do mundo à sua volta, todo indivíduo conserva, pela vida afora, sua intimidade personalíssima: seus valores, sentimentos, desejos e frustrações. Este é um espaço inacessível da vida das pessoas e, normalmente, será indiferente ao Direito. Nele reina a psicologia, a psicanálise, a filosofia, a religião. Saindo de dentro de si, o homem conserva, ainda, um domínio reservado, o da sua privacidade ou vida privada: ali se estabelecem as relações de família (e outras, de afeto e de amizade), protegidas do mundo exterior pelo lar, pela casa, pelo domicílio. O Direito, é certo, já interfere nessas relações,

> mas com o intuito de fortalecê-las e preservá-las. A intimidade e a vida privada formam o núcleo do espaço privado (BARROSO, 2019, p. 79).

Independentemente se, na contemporaneidade, as pessoas ostentam suas vidas privadas nas redes sociais, ainda assim, possuem o direito fundamental preservado, não sendo suportado burlo por ninguém. No entanto, o *stalker* infringe este preceito, e ainda assim, as sanções dependem da construção de tipos penais, em conformidade com os princípios e modelos da jurisdição de cada País, o que pode levar décadas.

Enfatiza-se que são mais de cinquenta países que aderiram a opção pela punição específica do *stalking*. Entre eles, os Estados Unidos da América foi o precursor, devido a morte de Rebecca Schaeffer, em 1990 (MOURA, 2019). Outros países que estão entre as maiores potências mundiais, tais como Itália, Índia, Austrália, Canadá, China, Inglaterra e Japão, também optaram por criminalizar a prática do *stalking*, de forma específica, pois concebem-na como um problema global grave. (ZAREMBA, 2019).

No Brasil, há diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional, com o mesmo objetivo, qual seja, criar um tipo penal especialmente desenvolvido para incriminar a conduta do *stalking,* que é tema de ao menos sete projetos de leis apresentados na Câmara dos Deputados, desde 2009. Com isso, o legislador espera, por meio da Comissão de Reforma do Código Penal, acrescentar o novo tipo penal ao art. 147, com intuito de positivar todos os modos de *stalking* como crime. A redação proposta pelo PL 3.484/2019 é a seguinte:

> Art. 147-A. Perseguir, importunar ou perturbar a tranquilidade de alguém, reiteradamente, ainda que por meio da internet, de modo a causar-lhe danos de ordem psicológica, moral ou social, violando seus direitos de liberdade, privacidade ou segurança. Pena - reclusão, de um a três anos e multa.
> §1º Incorre na mesma pena aquele que, sem consentimento, envia repetidamente cartas, e-mails, bilhetes e mensagens, ou efetua telefonemas ou acessa dispositivo ou perfil pessoal da vítima na internet com o fim de praticar a perseguição insidiosa ou obsessiva.
> §2º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) até metade, se o crime é cometido:
> I - contra criança ou adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;
> II - utilizar equipamento eletrônico para vigilância da vítima. Perseguição insidiosa ou obsessiva qualificada
> §3º Se o fato foi praticado por cônjuge ou ex-cônjuge, ou por quem teve relação íntima com a vítima ainda que por meio virtual. Pena: Reclusão, de dois a quatro anos e multa.
> §4º As penas previstas nesse artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência. (BRASIL, 2019, não paginado).

Como o Congresso Nacional, até o presente momento, não analisou o projeto de lei supra indicado, permanece a lacuna legislativo criminal e a necessidade de que o tema seja objeto de análise e discussões no mundo jurídico. Até que isso aconteça, como visto, as decisões judiciais têm sido no sentido de incluir a conduta praticada por sujeito das relações da vítima mulher, na Lei Maria da Penha, possibilitando que a vítima possa requerer medidas protetivas de urgência.

A novidade é a possibilidade jurisprudencial ainda tímida, de aplicação da Lei Maria da Penha também para casos envolvendo indivíduo desconhecido da vítima. Para tanto, leva-se em consideração a subjetividade do autor da perseguição contumaz, ou seja, a motivação para a prática da conduta. Veja-se: "a Justiça reconheceu que a prática de perseguição contumaz se submete ao juizado de violência doméstica por causa da subjetividade do agressor. Mesmo que a vítima e ele jamais tenham tido

algum vínculo, esse homem acredita que haja uma relação" (BRANDALISE, 2020, não paginado).

Um obstáculo na evolução das tratativas no congresso nacional acerca da criminalização da prática do *stalking* é a romantização da conquista da mulher pelo homem, que continua sendo abordada de forma totalmente equivocada, seja em programas televisivos, séries, pelo cinema e até mesmo pela música. “Esses fatores acabam por gerar uma grande dificuldade em que se reconheçam alguns comportamentos como sendo problemáticos, visto que desafiam algumas crenças e normas culturalmente enraizadas” (BOEN; LOPES, 2019, não paginado).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do estudo, pode-se estabelecer importantes conclusões. A primeira delas é a de que o *stalking* instalou-se como um fenômeno enigmático, dotado de multiplicidade de condutas, que normalmente se proliferam em cenários relacionais entre agressores e vítimas, de feitio reiterado, sistemático e intencional, com propósito de ocasionar pânico e insegurança.

Ao analisar o *stalking* como fenômeno fático-jurídico, percebeu-se nitidamente a predominância das mulheres como grupo vulnerável. Não raro, os *stalkers* fazem uso do espaço virtual, através da internet, para constrangerem e manipularem as vítimas, omitindo facilmente suas identidades. A prática do *cyberstalking* se intensificou com a expansão das redes socais, até pela simplicidade de manuseio, promovendo consequências avassaladoras a vítima. Seja qual for a forma utilizada para estaquear as vítimas, as consequências são sempre negativas à integridade física, psíquica, econômica e social delas, gerando até mesmo modificações bruscas nos seus estilos de vida, ofendendo o direito à vida privada, constitucionalmente garantido.

Quando as vítimas são mulheres e mantém ou mantiveram vínculo de afeto com o *stalker* surge a possibilidade da conduta ser enquadrada como violência doméstica ou familiar, para fins de aplicação da legislação protetiva correlata, qual seja, a Lei Maria da Penha. Assim, obtém-se um resultado mais efetivo, com a possibilidade de imposição de medida protetivas à vítima, além da prisão em flagrante ou decretação judicial de prisão preventiva. Porém, para os casos que não estão afetos à Lei Maria da Penha, não há um amparo mais efetivo da legislação.

A jurisprudência, por sua vez, ainda de forma bastante inédita, busca alcançar aos casos de *stalking,* motivados pelo desejo de aproximação amorosa com a vítima, a proteção da Lei apontada. Assim, os fatos envolvendo essa perseguição contumaz e insidiosa, que não encontram amparo na Lei Maria da Penha, acabam sendo tratados de forma muito insipiente pela legislação, na maior parte das vezes, como mera perturbação à tranquilidade, que não traz como consequência medidas penais mais severas ao agressor.

Esse tratamento insuficiente acaba repercutindo como sinal de impunidade, pela ausência de instrumentos legais e políticas públicas que forneçam resultados eficientes, justos e adequados aos casos. De fato, a legislação penal brasileira não dispõe de artifícios que resguardem as vítimas que não mantiveram qualquer relacionamento amoroso com o *stalker*.

Embora a conduta possa estar bastante presente na realidade brasileira, ainda não houve sua criminalização específica. Há sete projetos de lei, na Câmera dos Deputados, visando incriminar de forma específica, a conduta do *stalking*, como já o fazem, grande parte das maiores potências mundiais. No entanto, nenhum desses

projetos foi apreciado, logo, persiste a lacuna e a tipificação da conduta como mera perturbação da tranquilidade, na maioria dos casos.

Mesmo que algum dos projetos de lei que buscam criminalizar a conduta venha a ser aprovado e entre em vigor no ordenamento jurídico penal brasileiro o crime de *stalking*, ainda assim, não se ignora que os efeitos sejam meramente simbólicos, como acontece na grande maioria das recentes alterações advindas no Código Penal. De qualquer maneira, diante da suscetibilidade da vítima a novas agressões, há que se estabelecer alguma proteção mais efetiva, já que as consequências advindas às vítimas são inegáveis.

Logo, mesmo com a ciência de que uma nova criminalização não escapará da crítica, ou seja, o estudo não se esgotará somente pela criação de uma figura penal nova, urge que a conduta do *stalker* seja efetivamente tratada de modo mais rigoroso pela legislação penal brasileira, para que se obtenha respostas mais satisfatórias. A tipificação precisa acontecer, pois o *stalking*, muitas vezes, manifesta-se como uma conduta prévia para crimes mais gravosos, podendo culminar não somente em violência sexual, mas na morte da vítima, o que não pode ser tolerado por uma sociedade que busca garantir minimamente a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

APAV. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. **Levar o *Stalking* a Sério**. Publicado em 2013. Disponível em: https://apav.pt/*stalking*/index.php/icons. Acesso em: 27 jul. 2020.

BALEM, Isadora. *Stalking,* quando a perseguição pode ser indenizada? **JusBrasil,** 17 de julho de 2020. Disponível em: https://isadorabalem.jusbrasil.com.br/artigos/876201308/*stalking*?ref=feed Acesso em: 12 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto; **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo:** os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BASSO, Murilo. O que é *Stalking* e como a prática pode virar crime no Brasil. **Gazeta do Povo**, 05 de março de 2020. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/republica/*stalking*-pode-virar-crime-brasil/. Acesso em: 12 ago. 2020.

BOEN, Mariana Tordin; LOPES, Fernanda Luzia; **Vitimização por *stalking*:** um estudo sobre a prevalência em estudantes universitários, 2019, não paginado. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2019000200218. Acesso em: 04 abr. 2020.

BORTMAN, Regina. ***Stalking*, um crime perigoso**. Disponível em: http://escrevalolaescreva.blogspot.com/2016/05/guest-post-*stal*king-um-crime-perigoso.html. Acesso em: 12 ago. 2020.

BRANDALISE, Camila. Caso de Jovem *Stalker* vira o 1º do País investigado pela Lei Maria da Penha. **Universa,** em 16 de janeiro de 2020, não paginado. Disponível em: https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/01/16/caso-de-*stalking*-e-o-1-do-pais-investigado-como-violencia-domestica.htm Acesso em: 12 ago. 2020.

BRASIL, Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL, Decreto Lei nº 3.688 de 3 de outubro de 1941. **Lei das Contravenções Penais,** não paginado**.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3688.htm Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988,** não paginado. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL, Lei nº 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL, Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL, **Projeto de Lei nº 3484/2019,** não paginado. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1D0B6799CB39CE73418E9E52FCBB54FF.proposicoesWebExterno1?codteor=1769169&filename=Avulso+-PL+3484/2019. Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Assembleia Legislativa. ***Projeto de Lei Complementar PLC 5419/2009.*** Acrescenta o art. 146-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, dispondo sobre o crime de perseguição *stalking*. 2009. Disponível em Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C34D6E811C8C46B32661B1CC1CD2BC9.proposicoesWeb2?codteor=664484&filename=Tramitacao-PL+5419/2009. Acesso em: 12 ago. 2020.

CDC Home. ***Centers for disease control and prevention***. *Prevalence and Characteristcs of sexual violence, stalking, and intimate partner violence victimization – national intimate parter and sexual violence survey, United States*, 2011. Disponível em: https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6308a1.htm Acesso em: 27 jul. 2020.

CRESPO, Marcelo. Algumas reflexões sobre o *cyberstalking***. Jusbrasil,** 2015, não paginado. Disponível em: https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/226885184/algumas-reflexoes-sobre-o-*cyberstalking*. Acesso em: 16 abr. 2020.

GERBOVIC, Luciana; ***Stalking*,** São Paulo: Almedina Brasil, 2016, não paginado. Disponível em: https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=5XqYDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT3&dq=+CRIMINALIZA%C3%87%C3

%83O+DO+*STALKING*+DIREITO+&ots=uvI92XEwr4&sig=6H5luAkxbLrcQIalaDuCimEn5b0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 20 abr. 2020.

GOMES, Filipa Isabel Gromicho. **O Novo Crime de Perseguição:** Considerações sobre a necessidade de intervenção penal no âmbito do *Stalking*. Universidade de Coimbra, 2016. Disponível em: https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/41675/1/TESE%20FILIPA%20ISABEL%20GOMES%20FDUC.pdf. Acesso em: 16 abr. 2020.

GRANGEIA, Helena. MATOS, Marlene. **Riscos Associados ao *Stalking*:** violência, persistência e reincidência, 2012. Disponível em: https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/30967/4/Homens%20de%20quem%20n%C3%A3o%20se%20fala%20Psiquiatria,%20Psicologia%20%26%20Justi%C3%A7a_2012.pdf. Acesso em 12 ago. 2020.

MATOS, Marlene; GRANFEIA, Helena; FERREIRA Célia; AZEVEDO Vanessa; *STALKING:* boas práticas no apoio à vítima. CIDADE: Editora Comissão para a Cidadania e Igualdade de gênero,2011. E-book.

MOURA, João Batista Oliveira de. O *Stalking* e a Proteção do Bem Jurídico na violência de Gênero Feminino. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, ano 10, n. 23, jan./abr. 2019. Disponível em: http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201911/19100528-revista-23.pdf#page=18. Acesso em: 04 abr. 2020.

NAUJORKS, Jaqueline; Vítima de *'stalking'* ganha medida cautelar impedindo que perseguidor a procure: 'Devolveram minha paz'. **Jornal G1**, 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/ms/mato-grosso-do-sul/noticia/2019/03/01/vitima-de-*stalking*-ganha-medida-cautelar-impedindo-que-perseguidor-a-procure-devolveram-minha-paz.ghtml. Acesso em: 16 abr. 2020.

YOU. Direção: Lee Toland Krieger. Produção: Sera Gamble Sarah, Schechter Greg Berlanti, Leslie Morgenstein Gina, Girolamo Lee Toland Krieger. Netflix, 2018. PILOTO (Temporada 1, ep. 1).

REIS; Adrielly Pinto dos; PARENTE, Bruna Velloso; ZAGANELLI, Margareth Vetis. *Stalking* e Violência Contra a Mulher: a necessidade de mecanismos jurídicos de proteção frente a um contexto de impunidade. **Revista Multidisciplinar Faculdade do Noroeste de Minas,** v. 1, n. 20, 2020, p. Disponível em: http://revistas.icesp.br/index.php/FINOM_Humanidade_Tecnologia/article/view/993/697. Acesso em: 04 abr. 2020.

SALVADOR, Regina Claudia Bortman; ***Stalking*:** uma proposta brasileira de criminalização, 2015. Trabalho de conclusão de curso apresentado e aprovado na Faculdade de Macapá – FAMA, como requisito avaliativo parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Encaminhada por e-mail pela autora.

SPITZBERG, Brian H.; CUPACH, Willian R. **The State of the Art of *Stalking*:** taking stock of the emerging literature, fevereiro de 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/222953393. Acesso em: 12 ago. 2020.

ZAREMBA, Júlia; Projetos de lei buscam criminalizar o *Stalking* no Brasil. **Folha de São Paulo,** 2019. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/05/projetos-de-lei-buscam-criminalizar-o-*stalking*-no-brasil.shtml. Acesso em: 04 abr. 2020.

25
O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA ALIADO À ADOÇÃO POR CASAIS HOMOSSEXUAIS: um novo modelo familiar diante do direito

Carine Pertuzzatti[1]
Simone Paula Vesoloski[2]
Alessandra Regina Biasus[3]

RESUMO: O presente artigo objetivou destacar a importância do princípio do melhor interesse da criança aliado à adoção por casais homossexuais – um novo modelo de composição familiar conforme está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e também na Constituição da República Federativa do Brasil. A metodologia utilizada compreendeu o raciocínio indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. No processo de adoção o princípio do melhor interesse da criança tem como principal objetivo buscar uma solução que seja favorável ao menor. A criança é o integrante mais marcante no processo de adoção, devendo ser protegida e a preferência de seu interesse diante de qualquer situação deve ser levada em conta. A concepção de família mudou, eis que se apresentam novos modelos de constituição familiar. Assim, é importante que a sociedade compreenda este novo formato de família, pois, a relação entre o menor e o par homossexual é ligada por laços pautados no amor e no afeto e não resultarão em problemas psíquicos ou de identificação sexual a este menor, dando-lhe a oportunidade de ter uma família.

Palavras-chave: Adoção. Criança. Composição familiar. Par homossexual.

---

[1] Acadêmica do 10º Semestre, Curso de Direito – URI Campus de Erechim. E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com
[2] Acadêmica do 10º Semestre, Curso de Direito – URI Campus de Erechim. E-mail: simonels17@hotmail.com
[3] Docente Orientadora. Graduada em Direito. Especialista em Direito na Gestão Pública. Professora do Curso de Direito – URI Campus de Erechim. E-mail: alebiasus@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema principal, o princípio do melhor interesse da criança aliado à adoção por casais homossexuais – um novo modelo familiar frente ao direito**.** A sociedade vem procurando soluções, perante aos problemas que são vivenciados atualmente, com o intuito de dispor do direito de adotar.

Podemos dizer que em toda a história da humanidade, grande parte dela foi marcada pelos mais diversos preconceitos, muitos deles foram superados com o passar dos tempos, outros não. Apesar dos inúmeros preconceitos relacionados aos casais homossexuais, muitos deles desejam ter filhos e constituir uma família.

Relevante salientar que cada vez mais casais homossexuais vem buscando à adoção. As mudanças que ocorreram na configuração familiar resultam em uma visão diferenciada do modelo de família.

A questão pertinente à adoção por casais homossexuais é extremamente complexa e pautada por uma série de fatores impactantes que não somente detêm-se aos aspectos puramente jurídicos e de legislação. Fatores estes que são de natureza social, racial, econômico e de viés preconceituoso. Entretanto na conjuntura social atual de mudanças e dinamicidade tecnológica de acesso facilitado à informação e a novos saberes, há sem sombra de dúvidas uma sensível equalização no que tange a diminuição de preconceitos.

Assim, podemos dizer que a adoção por casais homossexuais è um assunto novo e que exige uma grande reflexão, tanto da sociedade, quanto dos operadores do direito, pois trata não somente de um procedimento que garante a legitimidade em relação à uma criança, mas sim, que a adoção possa lhes propiciar muito amor.

2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

A evolução da Legislação Brasileira nos direitos afetos da criança teve um destaque absoluto, passando ser dever da comunidade, da família e do estado a sua proteção. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA, Lei nº 8.069/90) dispõe em seu artigo 4º:

> Art. 4º: É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (BRASIL, Lei nº 8.069/90).

A Constituição Federal de 1988 incorporou ao ordenamento jurídico, em sede de norma constitucional, os princípios fundantes da doutrina da proteção integral, expresso, especialmente no artigo 227 que consolida os direitos das crianças e dos adolescentes de tal forma que a disposição da lei passa a ser tida como princípios de direito que irão guiar aquela criança ou então aquele adolescente no seio da sociedade.

> 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, Constituição Federal de 1988).

O ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) se assenta no princípio de que todas as crianças (0 à 12 anos incompletos) e adolescentes(12 à 18 anos), sem distinção de cor, raça, sexo, nacionalidade, religião ou origem social, desfrutam dos mesmos direitos perante à sociedade. Quando estamos diante de uma situação de adoção, imprescindível a observância do princípio do melhor interesse da criança. O artigo 3º do Estatuto da Criança e do adolescente elenca:

> Em reforço, o art. 3.º do próprio ECA determina que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (TARTUCE, 2020, p. 24).

A Lei garante que as crianças tenham a prioridade absoluta, no que diz respeito aos direitos das mesmas:

> As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância devem ser elaboradas e executadas de forma a: *a)* atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã; *b)* incluir a participação da criança na definição das ações que lhe digam respeito, em conformidade com suas características etárias e de desenvolvimento; *c)* respeitar a individualidade e os ritmos de desenvolvimento das crianças e valorizar a diversidade da infância brasileira, assim como as diferenças entre as crianças em seus contextos sociais e culturais; *d)* reduzir as desigualdades no acesso aos bens e serviços que atendam aos direitos da criança na primeira infância, priorizando o investimento público na promoção da justiça social, da equidade e da inclusão sem discriminação da criança; *e)* articular as dimensões ética, humanista e política da criança cidadã com as evidências científicas e a prática profissional no atendimento da primeira infância; *f)* adotar abordagem participativa, envolvendo a sociedade, por meio de suas organizações representativas, os profissionais, os pais e as crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços; *g)* articular as ações setoriais com vistas ao atendimento integral e integrado; *h)* descentralizar as ações entre os entes da Federação; e *i)* promover a formação da cultura de proteção e promoção da criança, com apoio dos meios de comunicação social (art. 4.º da Lei 13.257/2016). (TARTUCE, 2020, p. 24).

Essa proteção pode ser percebida no princípio do melhor interesse da criança que gera um resultado perceptível na sociedade. Desta forma, o principio do melhor interesse, sem sombras de dúvidas, opta por favorecer aquela criança ou adolescente buscando sempre o que for melhor para ela, podendo levar aquele aplicador do direito a enquadrar determinado fato concreto, da melhor forma, satisfazendo assim a necessidade daquele menor.

> Tendo em vista que a adoção só é admissível quando representar reais vantagens ao adotando (art. 43, ECA), o intérprete deve guiar-se pelo princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Verifica-se para tanto a aptidão dos pais para o exercício da autoridade parental em lar estável. O zelo na investigação da competência dos adotantes para o exercício da parentalidade significa o cuidado com o adotando, de modo que a adoção possa representar para ele a melhor alternativa para sua vida. (TEPEDINO, 2020, p. 253).

Não há qualquer impedimento na legislação que veda a adoção por casais homossexuais. Na medida em que os mesmos preencherem os requisitos que são

estabelecidos para a adoção e atenderem a exigência do artigo 43 do ECA : "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Em concordância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se privilegiar ao máximo aqueles que se estejam em uma situação de fragilidade, esse principio se fundamenta, por tratar-se de criança ou adolescente que estão em desenvolvimento, garantindo-lhes, assim, direitos individuais e coletivos, visando sempre as oportunidades que possam lhe propiciar um desenvolvimento saudável.

Nesse sentido, Filho (2017) destaca que nos casos de adoção de crianças e adolescentes por pessoas homossexuais, a questão do melhor interesse do menor é conduzida e avaliada apenas para verificar se o postulante demonstra ter condições psicossociais para receber este menor, seja criança ou adolescente e consequentemente dar-lhe a oportunidade de ter uma família. Importante salientar que a sexualidade não é levada em conta e nem é vista como um 'problema social', pois não importa se a adoção é homo ou hetero, o que realmente deve ser levado em conta é o respeito ao interesse do menor.

Ainda, para o autor supramencionado, o princípio do melhor interesse do menor é decorrente de um entendimento em conjunto entre juiz, membros da equipe técnica psicossocial e operadores do direito em relação a cada caso fático e sua peculiaridade.

Destarte, Póvoas (2020) também ressalta que o que deve sempre prevalecer na hora de conceder a adoção são as vantagens e o interesse do menor, sendo ainda necessário adaptar o direito à realidade, ainda mais quando se trata de adoção por pares homoafetivos, sendo, imprescindível, adequar à realidade social aos novos modelos de família.

3 AMPLIAÇÃO DO MODELO DE FAMÍLIA

Oliveira (2010) diz com relação à conceituação de família, é um importante grupo social, reduzido e atuante. Família é a célula fundamental da sociedade, é uma organização civil ou não, e fundamentalmente formam o estado. Personifica-se como um direito da criança e do adolescente à ter uma família, podendo ser natural ou substituta. No seio familiar deve imperar a paz, o carinho e o amor. É na família que inicia o mais importante processo de formação do cidadão, onde ele se desenvolve como pessoa e indivíduo social, como vistas a ser agente formador e transformador da sociedade e que está inserido.

No entendimento de Paulo Lôbo (2018), as mudanças do modelo de família fundamentam-se na afetividade:

> Como a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver affectio haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida. (LÔBO, 2018, p.15).

Evidentemente, até por questões evolutivas e biológicas vantajosas à nossa espécie, somos seres societários. Entretanto, é na família que começa o processo de "moldagem" de como seremos. Denota-se, uma iminente importância da família no

que tange a formação basilar social da criança ou adolescente, seja ela família natural ou substituta. Oliveira, trás à luz a significância destes dois tipos de família, conforme segue:

> Família natural é a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes, ou por parentes próximos como os quais o menor convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade; substituta é a família civil, formada sem o vínculo biológico, como é o caso da guarda, tutela ou adoção. [...] É direito da criança ou adolescente viver numa dessas famílias, quer natural ou substituta. A lei garante-lhe o direito de ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta [...] (OLIVEIRA, 2010, p 35).

Fica clarificado nas asseverações de Oliveira (2010) que a família é um vínculo importante para a criança e adolescente no que diz respeito ao seu desenvolvimento como pessoa, ser pensante e atuante na sociedade. E a garantia legal, prevê que toda a criança e adolescente tem direito à uma família para lhe propor amor, carinho, atenção e respeito.

Nesse viés, Tartuce (2020) destaca o afeto como um dos principais elementos essenciais entre as pessoas:

> Como se pode notar, as novas categorias valorizam o afeto, a interação existente entre as pessoas no âmbito familiar. Destaque-se que a tendência é a de que tais conceitos sejam utilizados em todos os âmbitos, em um sentido de complementaridade com as outras leis (diálogo das fontes legais). (TARTUCE, 2020, p. 45).

Ademais, Paulo Lôbo (2018) destaca que a

> liberdade, justiça e solidariedade são os objetivos supremos que a Constituição brasileira (art. 3º, I) consagrou para a realização da sociedade feliz, após os duzentos anos da tríade liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa. Do mesmo modo são os valores fundadores da família brasileira atual, como lugar para a concretização da dignidade da pessoa humana de cada um de seus membros, iluminando a aplicação do direito. (LÔBO, 2018, p. 34).

Evidencia-se uma segurança jurídica e uma regulamentação mais adequada ao processo de constituir uma família através da adoção, que devem ser legalizados e realizados de acordo com o procedimento legal, com o objetivo de proteger e amparar a família e, principalmente, criança e o adolescente neste ato. Em relação à abordagem destacada na Constituição Federal (1988) de que a criança ou adolescente tem assegurados seus direitos básicos além da denegação e proibição de qualquer ato discriminatório em relação à adoção.

Nesta senda, Lombardi (2019) afirma que a família é a base estrutural da sociedade sem a mesma como amparo, depara-se em uma lacuna social, no qual o processo de adoção abrange aspectos intrínsecos e pessoais familiares e em consequência deste procedimento cria-se laços fraternos com outro sendo assim considerado como pertencente ao seio familiar. Lombardi ressalta que o objetivo é não causar nenhum tipo de constrangimento ao adotado e inseri-lo na nova família da maneira mais segura possível, justamente na parte afetiva e legal, pois está na tutela do Estado assegurar este processo.

Este tema adentra na seara de questões pessoais e delicadas, que envolvem a criança e adolescente em processo de desenvolvimento, qualquer equívoco pode deixar

marcas irreversíveis. É sim, um processo que se deve agir com grande cautela e cuidado, pois se trata de destinos de vidas humanas. No tangente à adoção por casais homossexuais, ela é pautada pelo princípio do melhor interesse, mas também do afeto, carinho, compreensão, amor e convivência. E é no seio familiar que temos constituído um espaço fundamental para estes sentimentos primordiais para o ser humano.

Nesse diapasão, Póvoas (2020) retrata que a maioria dos opositores tanto da adoção bem como das relações homoafetivas tentam camuflar o seu preconceito com declarações sem fundamento que acabam indo ao encontro de uma realidade social fragilizada e mal interpretada, colaborando e ampliando o discurso de que 'toda a criança e todo o adolescente necessita ter um pai e uma mãe presente', ou ainda, uma 'criança que vai conviver e vai ser criada por *gay,* vai virar *gay* também', lamentavelmente essas afirmações repercutem dentro da sociedade de modo negativo. Todavia, apesar dessas alegações preconceituosas que envolvem adotantes homoafetivos, estudos científicos apontam que a sexualidade dos pais não interfere em momento algum seja na personalidade, na orientação sexual ou mesmo na identidade de gêneros dos adotados (filhos). Assim, aqueles que rejeitam as adoções homoafetivas devem ter plena sensibilidade de percepção e compreensão que elas cada vez estão mais comuns, e além de tudo, independente da base familiar, essas relações se pautam no afeto e no amor.

Desse modo, infelizmente a sociedade carrega resquícios de preconceito em todos os setores sociais, é importante que cada um se sensibilize, pois o preconceito só destrói, fragiliza, aumenta traumas, medos, causa incertezas e abalos psíquicos. A realidade social e as relações humanas, apesar de complexas e multifacetadas, devem evoluir, pois o 'preconceito' que envolve questões homossexuais deveria estar superado, nem fazer parte de censuras ou servir para ensejar atos de preconceitos. A sociedade contemporânea exige mudanças, adaptação, inclusão social e, acima de tudo respeito e alteridade um com o outro.

4 A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA ADOÇÃO A CASAIS HOMOSSEXUAIS DECORRENTE DA APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No direito brasileiro a adoção teve uma evolução essencial, principalmente no que diz respeito à adoção por casais homossexuais.

No concerne ao tema de adoção por família homoafetiva, Ribeiro *et al* (2017) consideram que falar abertamente sobre o assunto ainda é muito intrigante e desafiador pra uma parcela da sociedade, pois envolve um paradoxo e uma série de valores e costumes que são defendidos como imutáveis, e ao introduzir este novo modelo de família geram discussões e uma variação no formato de modelo familiar, acarretando uma série de polêmicas.

Moraes (2009) coloca que a sociedade se mostrou mais flexível frente aos princípios trazidos com o advento da Constituição Federal de 1988, estando cada vez mais afastados da ideia de que em uma família existe um poder pátrio e soberano, abrindo novos horizontes para a construção de novos conceitos de família.

Neste interim, Sanches (2014) apregoa a respeito das mudanças nas formatações das famílias, conforme as colocações que seguem:

> O ser humano evoluiu e em virtude disso, as formas de família também mudaram. Hoje não existe apenas a família tradicional, composta por marido, mulher e filhos legítimos, há as diversas e inenarráveis entidades familiares, dentre elas, a resultante de união estável, resultante de união homoafetiva,

> monoparental, pluriparental, socioafetiva etc. A Constituição Federal de 1988 foi responsável por dar relevância jurídica a estes fatos da atualidade, sendo possível a proteção à todos os tipos de família e relações familiares, tendo como fundamento o afeto e a convivência. A origem biológica passou a não ser a única importante, nem tampouco, única merecedora de tutela do Estado. (SANCHES, 2014, p. 01).

A família é o alicerce para a sociedade. Seguindo esse raciocínio o melhor interesse da criança é observado quando à a possibilidade de adoção por casais homossexuais, aqui tem-se um olhar diferenciado pois se trata de afetividade. Não existe nenhuma limitação quanto ao estado civil da pessoa que irá adotar:

> Não há qualquer restrição quanto ao estado civil do adotante: pode ser solteiro, divorciado, separado judicialmente, viúvo, concubino. A adoção, como percebemos, pode ser singular ou conjunta. A adoção conjunta é admitida por casal em matrimônio ou em união estável, entidade familiar reconhecida constitucionalmente. Os companheiros homoafetivos reconhecidos como entidade familiar, em princípio, podem adotar conjuntamente, sob as novas perspectivas já aceitas. Poderá o indivíduo homossexual adotar dependendo da avaliação do juiz, pois, nessa hipótese, não se admite qualquer discriminação. (VENOSA, 2020, p. 319).

Os tribunais do STF e STJ já reconhecem como família a união homoafetiva:

> Com as decisões surgidas nos anos seguintes, mormente o julgado do Supremo Tribunal Federal que reconhece a união homoafetiva como família, foram atestadas juridicamente as premissas constantes do último acórdão, não parecendo existir qualquer óbice para a adoção por casais homoafetivos. Isso foi confirmado pelo próprio STF que, em março de 2015, manteve decisão que autorizou um casal homoafetivo a adotar uma criança, independentemente da sua idade. A situação fática foi levada a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal após o Ministério Público do Paraná questionar o pedido de adoção feito pelo casal. O pedido era no sentido de limitar a adoção a uma criança com pelo menos doze anos de idade, para que esta pudesse manifestar sua opinião sobre o pedido. A Relatora, Ministra Carmen Lúcia, citou aquele precedente anterior, ressaltando o direito subjetivo dos casais homoafetivos em formar uma autonomizada família, "entendida esta, no âmbito das duas tipologias de sujeitos jurídicos, como um núcleo doméstico independente de qualquer outro e constituído, em regra, com as mesmas notas factuais da visibilidade, continuidade e durabilidade" (STF, Recurso Extraordinário 846.102, j. 05.03.2015). (TARTUCE, 2020, p. 562).

Diante da finalidade da adoção que é propiciar ao menor adotado uma vida digna, com oportunidades de desenvolvimento humano e ainda uma realização pessoal, denegar a possibilidade de adoção por casais homoafetivos seria persistir no preconceito.

> A fragilidade ou a vulnerabilidade de algumas pessoas é uma tentação ao exercício ilusório de poder de outras pessoas sobre elas. Acresce a isso o preconceito contra os que são considerados diferentes do modelo de conduta da moral dominante (por exemplo, os homossexuais), principalmente os mais fracos, seja pelo número, seja pela fragilidade natural (crianças, mulheres, idosos, pessoa com deficiência). (LÔBO, 2018, p. 38).

Nesta senda, Futino e Martins (2006) explanam que a maioria dos juristas da atualidade quando se trata de adoção por pares homossexuais defendem e deferem com ênfase na argumentação de que o menor terá melhores condições para se

desenvolver do que permanecer como mais um dos milhões de menores sem perspectivas de uma vida, de um futuro melhor.

A Constituição Federal diz em seu artigo 5º: "Somos todos iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)", nessa linha de raciocínio, o desconhecimento social dirigido aos homossexuais em razão de sua opção sexual, não merece desempobrecer o direito de igualdade e à dignidade desses cidadãos de constituir uma família.

Nesse passo, a possibilidade de adoção por pares homossexuais faz parte de uma realidade recente. Assim, para Futino e Martins (2016) a oportunidade de homossexuais adotar um menor modifica a dinâmica familiar de ambos. A partir da destituição do poder familiar, que é quando a criança é retirada por força judicial e a família originária perde o poder familiar sobre este menor, à criança se liberta na maioria dos casos de uma família que praticava violência contra ela, maltratava, enfim, causava uma série de atos contrários a moral e aos bons costumes. Por esta razão, a adoção recoloca esta criança e/ou adolescente dentro de uma família capaz de educar e desenvolve-la fisicamente e psicologicamente, além de ser uma expressiva oportunidade para manter e garantir uma proteção integral desse menor.

Apesar de a adoção em si ser revestida de procedimentos burocráticos para qualquer um que deseja dotar, as autoras supramencionadas constatam que além dos requisitos necessários, sobre os pares homossexuais recaem uma ordem moral, pois alguns membros da sociedade entendem como inadmissível o deferimento da ação para este novo padrão de família. Assim, salientam que essas argumentações de inadmissibilidade para os juízes estão cada vez mais caindo por terra, pois os códigos brasileiros não fazem quaisquer distinções entre hetero de homoafetividade no que tange a adoção, e relativo ressaltar que não existe nenhuma vedação legal para contrariar a adoção por família homossexual, o que é necessário é uma mudança de pensamento e postura responsável de toda a sociedade, que vem dia a dia acompanhando o desenvolvimento de um menor que tende a sofrer de forma grandiosa no espaço púbico do que no espaço privado em razão do preconceito ainda existente na sociedade.

Assim, para Ribeiro *et al* (2017), é necessário que ocorra um desvencilhamento de preconceitos por parte da sociedade. Pois todas as famílias, não importa o modelo, vivenciam obstáculos no decorrer de sua formação, sua progressão e sua subsistência, mas de modo peculiar, a família homoafetiva sofre mais e é atacada por uma parcela da sociedade de forma negativa. Desse modo, para os autores mencionados, é importante direcionar estudos que contemplem a adoção homossexual com o propósito de auxiliar a sociedade na compreensão desse formato de família, inclusive enfatizando que este laço parental entre o menor adotado e o par homoafetivo adotante não resultarão em problemas psíquicos ou de identificação sexual a este menor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como finalidade, demonstrar a importância da aplicação do melhor interesse da criança e desenlaçar modelos preconceituosos, tornando possível a adoção de crianças ou adolescentes por casais homoxessuais.

O cenário familiar atual é claramente o reflexo de um novo contexto, mais amplo no que se refere à definição e a conceituação de família. Para se constituir uma família não é necessário um casamento, mas sim amor e afetividade presentes, aspectos que possuem valores jurídicos e devem ser garantidos e priorizados, objetivando o bem estar e às condições de convivência fraterna.

Pode-se concluir que vivemos uma triste realidade, onde muitas crianças são abandonadas por seus familiares de origem e acabam por ficar acolhidos à um lar, na expectativa de terem uma nova família que lhes dê atenção, carinho, afeto e uma nova família.

Perante o grande número de crianças que estão aguardando para serem adotadas, e frente a uma sociedade mais moderna, é um absurdo ter ainda algum tipo de preconceito com os casais homossexuais que pretendem adotar, a essência não deve estar voltada na identidade sexual dos futuros adotantes, mas sim, buscar uma solução que seja mais benéfica para aquela criança ou adolescente, conforme o embasamento do principio do melhor interesse da criança.

Não podemos fugir da realidade em que vivemos nos dias de hoje, casais homossexuais existem e estão cada vez mais presente no seio da sociedade, o desrespeito com estes ainda é grande, a ideia de constituir uma família ainda é vista com preconceito por algumas pessoas. Mas, entre a maior parte de casais homossexuais, pode-se perceber que há muito mais respeito, companheirismo entre eles, do que muitos outros casais.

Ao finalizar este artigo, foi possível perceber que os laços afetivos e o amor devem caminhar unidos com o meio jurídico para que assim haja a sua regulamentação, ensejando que a criança possua os melhores cuidados a fim de se tornar um ser humano pleno de suas capacidades e potencialidades. Todo o ser humano merece uma vida digna. E dentro deste contexto de dignidade entra uma família estruturada, sendo ela estabelecida por laços de sangue ou não, e que o amor vai muito além do que diz a letra fria e racional da lei. Os laços de amor se constroem pelo sentimento sincero, de uma relação harmoniosa e consistente entre pais e as crianças/adolescentes, cabe ao Direito enquanto ciência manter o reconhecimento conquistado e proteger os membros familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 06 ago. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 06 ago. 2020.

FILHO, Ricardo Andrade Coitinho. **Sob o "melhor interesse"! O 'homoafetivo' e a criança nos processos de adoção.** Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2017000200495&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em 15 ago. 2020.

FUTINO, Regina Silva; MARTINS, Simone. **Adoção por homossexuais – uma nova configuração familiar sob os olhares da psicologia e do direito**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-03942006000300014. Acesso em 15 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil- famílias.** V. 5- 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOMBARDI e outros. **Aspectos relevantes sobre a adoção**. Revista Acadêmica Faculdade Progresso V. 5, N.1, (2019)

MORAES, Alexandre de**. Direito constitucional.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2009

PÓVOAS, Lorena Fonsêca**. O Instituto da adoção por casais homoafetivos**. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-de-familia/o-instituto-da-adocao-por-casais-homoafetivos/. Acesso em 15 ago. 2020.

RIBEIRO, Camila Makálister; MENDES, Lívia Rodrigues; COUTO, Daniela Paula de; AZEVEDO, Jane Moreira de. **Homoparentalidade: reflexões sobre a constituição psíquica da criança adotada.** Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-71282017000300007. Acesso em 15 ago. 2020.

SANCHES, Salaua, Scholz. **Filiação socioafetiva conceito, jurisprudência e previsão legal.** Jus.com.br (2014). Disponível em: https://jus.com.br/artigos/31489/filiacao-socioafetiva. Acesso em: 14 ago. 2020

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. V. 5, 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Fundamentos do Direito Civil**. *In*: Organização Gustavo Tepedino. – 1. ed. – Rio de Janeiro : Forense, 2020. (Vol. 6)

OLIVEIRA, Elson Gonçalves. **Adoção – Uma porta para a Vida**. Campinas, SP: Servanda, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: família e sucessões. 20. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

26
OS PRINCIPAIS REFLEXOS JURÍDICOS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PROPOSTA PELO PL 1292/95

Natali Rodrigues da Rosa[1]
Evandro Luís Dezordi[2]

RESUMO: O presente artigo, de cunho qualitativo bibliográfico, busca averiguar, por meios comparativos, quais serão os principais reflexos jurídicos da "nova lei de licitações" proposta pelo PL 1292/95, o qual encontra-se em iminente aprovação no Senado Federal. O referido PL, possui como objetivo a unificação dos diplomas legais vigentes que tratam a respeito de licitações e contratos administrativos, quais sejam, Lei nº 8666/93, Lei nº 10520/02 e Lei nº 12462/11, e desenvolver o aperfeiçoamento da matéria em âmbito legislativo. Dessa maneira, como será demonstrado, significativas alterações foram propostas, como a exclusão de modalidades de licitação bem como a criação de nova, a inversão de fases procedimentais do processo licitatório, a modificação de prazos contratuais, a alteração da duração de contratos, dentre outros pontos que serão abordados no presente estudo. Por tal motivo, tendo em vista que a Administração Pública é totalmente vinculada às disposições legais, conforme prevê o princípio constitucional da legalidade, norteador de atos/atividades públicas, é inegável a necessidade da ciência e compreensão de quaisquer modificações em âmbito legislativo, no presente caso, no que tange ao PL 1292/95.

Palavras-chave: Alterações Legislativas. Contratos Administrativos. Licitações. PL 1292/95.

---

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. E-mail: nataliklb@gmail.com
2 Orientador, Graduado em Direito pela UPF – Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Constitucional pela URI Erechim. E-mail: evandroluisdezordi@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

Com a aprovação do texto principal do Projeto de Lei 1292/95 (25/06/2019) – Nova Lei de Licitações – pelo Plenário da Câmara dos Deputados, figurou-se iminente a alteração da estrutura licitatória e contratual no âmbito da Administração Pública direta, autárquica e fundacional.

O texto entre, outras novidades, propõe a criação de uma nova modalidade de licitação, bem como a exclusão de algumas vigentes, a inversão de fases do procedimento licitatório, a alteração de prazos e de durações contratuais, dentre outros pontos.

Assim, tendo em vista que a Administração Pública é totalmente controlada e limitada pelo princípio da legalidade, estando regida pelos aparatos legais, inegavelmente, nota-se que a concretização do projeto de lei em discussão, terá significativo impacto sobre o aparato normativo do país, influenciando no funcionamento das regulares atividades da maioria dos entes federados, senão de todos.

O referido PL, possui como objetivo a unificação dos diplomas legais vigentes que tratam a respeito de licitações e contratos administrativos, quais sejam, Lei nº 8666/93, Lei nº 10520/02 e Lei nº 12462/11, e desenvolver o aperfeiçoamento da matéria em âmbito legislativo para consequente aplicação.

1 Tramitação

O texto base do Projeto de Lei 1292/95, que sumariamente trata a respeito da revogação de leis que regulamentam o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, pertinente ao regime licitatório indispensável em âmbito nacional para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, foi recentemente aprovado pelo Plenário, conforme informação disponibilizada no sítio eletrônico do Governo - Câmara dos Deputados, no dia 25/06/2019, em Sessão Deliberativa Ordinária (AGÊNCIA CÂMARA DOS NOTÍCIAS, 2019).

A criação do referido Projeto de Lei é de autoria do Senador Lauro Campos, pertencente à época da apresentação, em 30/11/1995, ao Partido dos Trabalhadores/DF.

Sendo aprovado pelo Senado Federal no mesmo ano de sua apresentação, o PL 1292/95, com o passar do tempo sofreu algumas alterações na Câmara, bem como apensamentos de iniciativas referentes ao mesmo assunto, a exemplo, cita-se o PL 6814/2017. Assim, no dia 17/09/2019, também em Sessão Deliberativa Ordinária, foi aprovada a Redação Final, assinada pelo Relator, Dep. Augusto Coutinho (Solidariedade - PE).

Dessa maneira, devido as inúmeras emendas e alterações junto a Câmara, para que seja possível o cumprimento de todas as etapas legislativas obrigatórias na criação da Lei, a desembocar na sanção e promulgação presidencial, o PL 1292/95 deve voltar a apreciação do Senado Federal, onde atualmente já se encontra

2 Objetivos do Projeto de Lei 1292/95

Como narrado anteriormente, o principal objetivo do PL 1292/95 é a aplicação de um novo regime licitatório e de contratos administrativos à Administração Pública direta, autárquica e fundacional no âmbito das três esferas do Governo: federal, estadual e municipal.

Assim, para que fosse possível essa considerável mudança legislativa, que se encontra em iminente aprovação pelo Senado Federal, o quesito impulsionador se fundamentaria na revogação das leis regulamentadoras do art. 37, XXI, da CF/88, quais sejam: Lei 8666/93, que trata a respeito de licitações e contratos públicos; Lei 10520/02, que impõe normas gerais sobre a modalidade pregão; e Lei 12462/11, que institui previsões a respeito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas –RDC, bem como seus respectivos regulamentos.

Segundo Ajame (2019),

> O texto atual que versa sobre as licitações e as contratações públicas, sob a ótica de muitos juristas, apresenta problemas que trazem insegurança jurídica aos contratantes. Isso devido à complexidade do conjunto de normas e à falta de uniformidade para a aplicação da lei, o que gera ineficiência e processos custosos ao Estado e às instituições privadas. Para tornar a contratação mais eficaz para as partes, a nova lei das licitações busca como premissa o incentivo à inovação tecnológica e à competição justa.
> Propõe, também, a instituição de mecanismos eficientes para o impulsionamento do processo licitatório de maneira célere e satisfatória.

Ainda, nas palavras de Portela (2019):

> A atual Lei 8.666/1993 que regula as licitações e contratos da Administração Pública está significativamente defasada em vários aspectos técnicos e jurídicos, e não acompanhou a dinâmica da demanda atual de contratações, gerando dificuldades para os profissionais que atuam nos procedimentos licitatórios e de contratações públicas, devido principalmente as amarras legislativas que estão sujeitos os envolvidos no procedimento licitatório e o excesso de burocracia.

Logo, a nova lei promulgada, seria uma fusão de todos os diplomas normativos acima dispostos, aprimorados, todavia, pelas alterações apresentadas em seu corpo textual, cujas mais relevantes, serão objetos de estudo.

3 Administração Pública e o Princípio da Legalidade

Com a Revolução Francesa, marco histórico e simbólico em que o poder estatal fora extraído das mãos de soberanos absolutistas e instituído ao Estado, surgiu a noção de Administração Pública, caracterizada atualmente no sentido subjetivo, formal ou orgânico, como o conjunto de órgãos e entidades vinculadas aos Entes Federados, e no sentido objetivo, material ou funcional, como a demanda de atividades ou funções constitucionais desempenhadas pelo Estado (administração pública).

A Administração Pública é regida por princípios, que recorrentemente confundem-se com seus próprios objetivos, os quais devem ser severamente seguidos, em respeito primordialmente ao princípio constitucional (art. 37, caput, da CF/88) da Legalidade, fundamento de toda atividade estatal.

É por meio dele que surge o ideal de que se tratando de relações administrativas, a Administração Pública apenas deverá atuar em virtude da lei.

Nas palavras de Di Pietro (2019, p. 92)

> Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. Essa é a ideia expressa de forma lapidar por Hely Lopes Meirelles (2003:86) e corresponde ao que já vinha explícito no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: "a liberdade

> consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei".

Ademais, pela autonomia político-administrativa cada ente federado, na regra geral, poderá dispor acerca de matéria administrativa. Não há no país a construção de uma compilação como no caso de Direito Civil e Direito Penal. Entretanto, à essa regra cabe exceções, e uma delas é a vedação da liberdade dos entes para legislar acerca das contratações e licitações públicas.

Há dois sentidos que podem ser extraídos da legalidade administrativa, o sentido de "reserva da lei" e "primazia da lei e do Direito". O primeiro se refere a ideia da relação entre o dever de atuação da Administração Pública vinculada ao aparato normativo vigente, já o segundo sentido expõe a concepção de que na falta de observância por parte do administrador não somente à lei, mas aos ditames da principiologia do Direito Administrativo, ocorrerá a invalidação da conduta administrativa. (MAFFINI, 2016)

Portanto, diante do exposto, mostra-se evidente a necessidade de acompanhamento dos aparatos normativos vigentes, bem como dos demais que poderão vir a substituí-los, como na hipótese de aprovação do PL 1292/95.

4 Projeto de Lei 1292/95

A Administração Pública, na busca pela concretização de seu escopo basilar, qual seja, a satisfação do interesse público, limita-se a agir conforme os preceitos estipulados pelos aparatos normativos vigentes, os quais preveem regras e princípios a serem observados.

Assim, à luz do princípio da legalidade, o Poder Público ao adquirir, locar bens, contratar a execução de obras ou serviços, por exemplo, deve cumprir com o procedimento administrativo preliminar previsto em Lei, qual seja, a Licitação.

Dispõe a Lei 8.666/93 (BRASIL, 1993) que

> Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Conforme Helly Lopes Meirelles (2014, p. 297)

> Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para o licitante, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Ainda, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 2014) "A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual".

Logo, resumidamente, entende-se que Licitação é um procedimento administrativo previsto em lei, que possui o objetivo de conquistar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública na busca pela satisfação dos interesses públicos, atentando-se ao desenvolvimento nacional através da isonomia das contratações, na forma do art. 3º da Lei 8.666/93.

No âmbito das licitações, o PL 1292/95 propõe algumas modificações, das quais serão trabalhadas as principais, quais sejam: exclusão de modalidades de licitação e inclusão de uma nova; inversão de fases procedimento licitatório; novidades no que tange aos recursos; a criação da figura do "agente de licitações"; e a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Conforme o art. 28 da Redação Final do PL 1292/95, há exclusão de duas modalidades previstas na ainda vigente Lei 8666/93, a tomada de preços e o convite.

Em contrapartida, as modalidades concorrência, concurso, leilão e pregão se mantêm disciplinadas, bem como, há a criação, no PL 1292/95, de uma nova modalidade, qual seja, o Diálogo Competitivo (Art. 28, inciso V do PL 1292/95), sendo vedada a elaboração de outras modalidades, segundo disposição do art. 28, § 2º.

Dessa maneira, prevê o art. 32, que esta nova modalidade, o diálogo competitivo, será restrita a contratações em que a Administração Pública (BRASIL, 2019):

> I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:
> a) inovação tecnológica ou técnica;
> b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
> c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
> II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
> a) a solução técnica mais adequada;
> b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
> c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato
> III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.

O diálogo competitivo, como as demais modalidades, também é conceituado no art. 6º, o qual dispõe em seu inciso XLII que, corresponde à modalidade de licitação na qual a Administração Pública dialoga com os licitantes selecionados, para que apresentem uma ou mais alternativas capazes de satisfazer à necessidade pública exposta.

Narra Portela (2019) que, "Essa modalidade de licitação conhecida também como 'diálogo concorrencial' já é adotada em diversas legislações estrangeiras, utilizados em contratos complexos, em que os órgãos ou entidades contratantes não tenham domínio para resolver tal complexidade."

Ademais, narra o art. 17, § 2º, que as licitações atentarão, preferencialmente, à forma eletrônica, sendo possível a realização de maneira presencial, sob justificativa/motivação por parte da Administração Pública, devendo a sessão "ser registrada em ata e gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo". Da realização do processo em meio eletrônico, caberá aos licitantes sua adequação ao formato exigido (art. 17, § 4º).

Tal preferência eletrônica, no que tange ao procedimento licitatório, em comparação a aos diplomas legais vigentes, é novidade, tendo em vista que atualmente, somente a Administração Pública federal utiliza-se dos meios eletrônicos para a

licitação, o qual é processado por meio do Sistema de Compras Governamentais, sítio eletrônico www.comprasgovernamentais.gov.br.

O art. 17 do PL, dispõe que o procedimento licitatório observará, de maneira sequencial, as seguintes fases: preparatória, divulgação do edital de licitação, apresentação de propostas e lances, julgamento, habilitação, recursal e homologatória.

Com relação a modalidade concorrência, a mais ampla, no PL 1292/95 ocorre a inversão de fases, se comparado a Lei 8666/93, no entanto, o art. 17, § 1º, prevê a possibilidade de que a habilitação ocorra antes do julgamento, mediante ato motivado por parte da Administração e expressa previsão no edital.

Ainda, em comparação com a Lei 8666/93, existem alguns pontos divergentes no que tange a previsão legal dos recursos no PL 1292/95, os quais serão elencados no quadro a seguir:

Quadro 1 – Divergências acerca dos prazos recursais entre o PL 1292/95 e a Lei 8666/93.

LEI 8666/93	**PL 1292/95**
5 (cinco) dias úteis, antes da data de abertura dos envelopes, para a impugnação do edital por qualquer cidadão (art. 41, § 1º) 3 (três) dias úteis para o julgamento da impugnação (art. 41, § 1º)	3 (três) dias úteis, antes da data de abertura das propostas, para a impugnação do edital por qualquer cidadão (art. 163) 3 (três) dias úteis para o julgamento da impugnação (art. 163, parágrafo único)
5 (cinco) dias úteis a contar da intimação ou da lavratura da ata, nos casos de: habilitação ou inabilitação do licitante; julgamento de propostas; anulação ou revogação da licitação; rescisão do contrato por ato unilateral da Administração (art. 109, inciso I, “a”, “b”, “c”, “d” e “e”)	3 (três) dias úteis, contados da data de intimação ou de lavratura de ata, em face de: deferimento ou não do pedido de pré-qualificação ou de inscrição do registro cadastral; julgamento de propostas; habilitação ou inabilitação do licitante; anulação ou revogação da licitação; extinção do contrato por ato unilateral da Administração (art. 164, inciso I, “a”, “b”, “c”, “d” e “e”)
10 (dez) dias úteis da intimação da intimação do ato, para pedido de reconsideração de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal (art. 109, III)	3 (três) dias úteis a contar da intimação para pedido de reconsideração, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico (Art. 164, II)
5 (cinco) dias úteis para reconsideração da decisão pela autoridade que julgou ou, 5 (cinco) dias úteis para reanalise de autoridade superior (art. 109, § 4º)	3 (três) dias úteis para reconsideração da decisão por autoridade ou, 10 (dez) dias úteis para reanalise de autoridade superior (art. 164, § 2º)
5 (cinco) dias úteis da intimação ou da lavratura da ata para recurso contra aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa (art. 109, inciso I, “f”)	15 (quinze) dias da data de intimação para apresentação de recurso contra as penas de advertência, multa e impedimento de licitar e contratar (art. 165)
2 (dois) dias úteis para interposição de recurso estabelecidos nos incisos I e II, bem como § 3º do art. 109, quando se tratar de licitação na modalidade “carta convite” (art. 109, § 6º)	----------

Fonte: Os autores (2020).

O art. 109, § 2º, da Lei 8666/93, prevê apenas aplicação de efeito suspensivo sobre os recursos contra habilitação ou inabilitação do licitante ou julgamento de propostas (art. 109, I, "a" e "b"). Já o PL 1292/95, em seu art. 167, deixa em aberto, em tese, aos recursos e pedidos de reconsideração a aplicação deste efeito, até que sobrevenha decisão final da autoridade

Ademais, conforme o art. 8º da redação final do PL 1292/95 (BRASIL, 2019) também há previsão no texto da figura do "agente de licitações":

> Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação.

Segundo Peixoto (2019), trata-se de "servidor que toma as decisões, acompanha o trâmite do processo e dá impulso ao procedimento licitatório; atribui responsabilidade à equipe de apoio quando esta induzir o julgador em erro (art. 8º, §§ 1º e 2º)".

Outra novidade é o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que é sítio oficial das contratações, tendo como objetivo uma perspectiva maior de centralização e compartilhamento de informações a partir da criação de cadastros digitais unificados.

Em matéria publicada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados (MIRANDA, 2018), foi exposto que

> O portal deverá conter os planos anuais de contratações de todos os órgãos, assim como editais e demais documentos necessários para as contratações. Haverá um registro cadastral de todos os inscritos em licitações, atualizado anualmente, para habilitação e atestado de cumprimento de obrigações dos processos de seleção.
> Para Arruda, o portal contribuirá para diminuir os custos e potencializar a competividade das licitações, com ganhos de eficiência para os setores público e privado e com a economia de milhões de reais. "Facilitamos a vida dos gestores. Agora eles terão acesso a empresas que estão inadimplentes nesse portal nacional", exemplificou.

Tal novidade está prevista nos art. 86 e 87 do PL 1292/95 (BRASIL, 2019), que tratam a respeito dos critérios e procedimentos gerais do PNCP (Portal Nacional de Contratações Públicas).

Cabe ressaltar ainda a respeito dos contratos públicos, os quais também foram reanalisados pelo PL 1292/95. Foram propostas pelo projeto alterações no que tange a duração dos contratos, como por exemplo, a previsão do art. 107 que amplia o rol estabelecido pelo inciso V, do art. 57 da Lei 8666/93, incluindo outras hipóteses em que será permitida a contratação por até 10 (dez) anos.

Também há modificações no que concerne a aplicação de sanções por descumprimento contratual, a citar o art. 155, dispondo que são modalidades de sanções administrativas: advertência (inciso I), multa (inciso II), impedimento de licitar e contratar (inciso IIII) e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (inciso IV). Na Lei n. 8666/93 há indicado mais um tipo de sanção, qual seja, suspensão temporária de participação em licitação (art. 87, inciso III).

Ademais, é importante frisar as diferenças entre os instrumentos normativos, PL 1292/95 x Lei nº 8666/93, no que tange a possibilidade de reabilitação do licitante. Prevê o art. 162 do PL, que (BRASIL, 2019):

> Art. 162. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:
> I – reparação integral do dano causado à Administração Pública;
> II – pagamento da multa;
> III – transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;
> IV – cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;
> V – análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.
> Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do caput do art. 154 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.

Já, nos termos do art. 87 do segundo diploma normativo, respectivamente, a reabilitação é concedida quando do cumprimento do requisito "ressarcimento dos prejuízos pela empresa apenada, desde que própria Administração, nos autos do processo administrativo sancionatório, tenha quantificado os danos materiais", cumulado com o requisito de transcurso do prazo de 2 (dois) anos de sua aplicação.

Além das principais alterações e novidades trazidas até o presente momento, cabe também citar demais previsões legais abordadas no PL 1292/95, as quais já foram objetos de estudos realizados por especialistas interessados na matéria.

Conforme pesquisas publicadas, narra Peixoto (2019) a respeito das contratações diretas, expondo que há possibilidade de sua ocorrência, conforme o PL 1292/95, quando da "Dispensa de licitação para contratação de obras até R$ 100 mil (art. 73) e da dispensa de licitação para serviços e compras até R$ 50 mil (art. 73), sendo que o prazo da contratação por emergência passa a ser de no máximo 360 dias (art. 73, VIII)."

Ainda, conforme Almeida (2019), além das três hipóteses de inexigibilidade de licitação do art. 25 da Lei 8666/93, o PL 1292/95 prevê a inclusão de outros dois casos:

> O primeiro é o credenciamento. Eu já usava o credenciamento como exemplo de inexigibilidade que não constava expressamente na Lei de Licitações.
> O credenciamento é um procedimento em que a Administração poderá contratar com inúmeras pessoas, sem que haja concorrência entre elas. Imagine que uma secretaria de saúde queira cadastrar o máximo de laboratórios para a realização de exames clínicos. Ao invés de licitar e escolher um único laboratório, a secretaria poderá fixar um valor para cada procedimento e lançar um edital de credenciamento.
> Com isso, todos os laboratórios que quiserem, poderão se dirigir ao órgão competente para se credenciar. Quanto mais laboratórios credenciados, melhor! Assim, a população terá mais opções para realizar os exames, sem que haja uma competição entre os laboratórios.
> O segundo caso trata da locação ou aquisição de imóveis cujas características de localização **e** de instalação condicionem a sua escolha. Esse caso constava na Lei 8666/93 como hipótese de dispensa, mas a doutrina sempre alegou que estaria ali erroneamente. O caso é de inexigibilidade, já que não existe procedimento competitivo, pois, em tese, somente aquele imóvel atende adequadamente ao que a Administração precisa.

Dessa forma, é possível visualizar que, inegavelmente, grandes foram as alterações e novidades advindas do PL 1292/95, o qual encontra-se em iminente aprovação pelo Senado Federal.

O intuito do projeto, sem sombra de dúvidas, seria o aperfeiçoamento dos diplomas legais ainda vigentes, que não acompanharam o desenvolvimento social, tornando-se de certa forma, empecilhos do progresso no âmbito das licitações e contratações públicas.

Conforme reportagem publicada por um dos sites nacionais mais prestigiados, com enfoque em Direito Administrativo, Zenite, o próprio relator do PL 1292/95, Deputado Federal João Arruda, expos como premissas do instrumento legal,

> [...] assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração pública; garantir tratamento isonômico entre os licitantes e a justa competição; evitar o sobrepreço em relação aos valores orçados e contratados, bem como o superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. (MACHADO, 2019)

Entretanto, também há opiniões contrárias, ou ainda indefinidas em relação ao projeto.

Afirma Portela (2019) que

> Para Fernando Vernalha é um projeto mal feito, pois vê o projeto como uma colagem dos outros diplomas, acreditando que seja sem coerência sistêmica, e sem inovações importantes do ponto de vista da estruturação.
> Marçal Justen Filho afirma que o atual modelo de licitações não funciona, e que o modelo atual de licitações não permite que o resultado final seja atingido. Mas, para ele, antes de mudar, aperfeiçoar, retificar é preciso saber o por que esse modelo não funciona, "não se pode diagnosticar um remédio sem saber qual a é a doença".
> Para Edgar Guimarães este projeto de lei apresenta algumas alterações interessantes, mas infelizmente não solucionam os problemas que vivenciamos hoje nas licitações públicas.
> Em debate no Congresso Paranaense de Direito Administrativo Vivian Lima Lopes Valle destaca que atualmente se vive em um momento de aumento de complexidade nas relações jurídicas administrativas, e que exige soluções adequadas as suas demandas, e assim, os modelos de licitações e contratos estabelecidos no século passado não atendem mais as necessidades de vantajosidade, legitimidade, eficiência e economicidade das licitações. Contudo, um Estado que realiza seus serviços públicos através de contratos administrativos necessita pensar que o processo de licitação é determinante para o sucesso da contratação. Assim, defende uma relação mais paritária e mais equilibrada com o particular. E, para ela Projeto de Lei 6814/2017, reforma a Lei de Licitações em diferentes aspectos e traz novidades importantes incorporando um pouco do modelo consensual e desse novo paradigma de relações jurídicas administrativas.

Dessa forma, conforme registro de opiniões de doutrinadores da área, não há previsões exatas e uniformes a respeito do Projeto de Lei 1292/95. É correto afirmar que trará grandes alterações no que tange à legislação, no que tange às previsões legislativas, entretanto, os efeitos de sua aplicação ainda permanecem desconhecidos. Com a aprovação, promulgação e vigência do PL é que poderá se vislumbrar seus efeitos junto à Administração Pública Nacional.

CONCLUSÃO

O cenário legislativo administrativo brasileiro está prestes a sofrer uma significativa alteração pela iminente aprovação pelo Senado Federal do Projeto de Lei nº 1292/95, chamado de a "Nova Lei de Licitações".

O projeto, que tramita há mais de vinte anos, tem como escopo a aplicação de um novo regime licitatório e contratos administrativos à Administração Pública direta, autárquica e fundacional no âmbito das três esferas do Governo: federal, estadual e municipal. O quesito impulsionador se fundamentaria na revogação das leis regulamentadoras do art. 37, II, da CF/88, quais sejam: Lei 8666/93, que trata a respeito de licitações e contratos públicos; Lei 10520/02, que impõe normas gerais sobre a modalidade pregão; e Lei 12462/11, que institui previsões a respeito do Regime Diferenciado de Contratações Públicas –RDC, bem como seus respectivos regulamentos.

Foram destacadas as principais modificações e inovações advindas do PL 1292/95, como a extinção de modalidades de licitação, bem como a criação de uma nova, a inversão das fases do procedimento licitatório, a majoração das garantias e sanções ao descumprimento contratual, a alteração da duração dos contratos, a criação do PNCP (Portal Nacional das Contratações Públicas) e do agente de licitações, etc.

Entretanto, nota-se que, mesmo que o projeto tenha sido elaborado com o objetivo de aprimorar, desburocratizar, flexibilizar e atualizar a legislação licitatória e contratual em âmbito público, fica a dúvida a respeito de quais serão os verdadeiros efeitos a serem gerados a partir da publicação e vigência da "Nova Lei de Licitações", tendo em vista que, se faz necessário considerar também, a dificuldade que qualquer instrumento legal enfrenta no país, para que seus preceitos não permaneçam no "limbo", mas tenham aplicação concreta.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DOS NOTÍCIAS. Câmara aprova texto-base de nova Lei de Licitações. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sítio Eletrônico da Câmara dos Deputados**. Brasília, 25 jun. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/560807-camara-aprova-texto-base-de-nova-lei-de-licitacoes/. Acesso em: 12 set. 2019.

AJAME, Omar. Veja o que muda com a nova lei das licitações. *In*: **TEx**. São Paulo, 19 set. 2019. Disponível em: https://www.textecnologia.com.br/blog/gestao/nova-lei-das-licitacoes/. Acesso em: 12 set. 2019.

ALMEIDA, Herbert. Nova Lei de Licitações: Projeto é aprovado no Plenário da Câmara dos Deputados. *In*: **Estratégia Concursos**. São Paulo, 26 jun. 2019. Disponível em: https://www.estrategiaconcursos.com.br/blog/nova-lei-de-licitacoes/. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 10.024 de 2019**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 set. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. **Lei 10.520 de 2002**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.666 de 1993**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 set. 2019.

BRASIL. **Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.292-F de 1995 do Senado Federal (PLS nº 163/95 na Casa de Origem)**. Brasília, 2019. Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/wp-content/uploads/2019/11/Projeto-Nova-Lei-de-Licitacao.pdf . Acesso em: 12 set. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/cfi/6/2!/4/2/2@0:0Acesso em: 01 ago. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, Ralph. Câmara: Comissão especial aprova proposta de nova lei das licitações; texto vai a Plenário. *In*: **Zenite**. Curitiba, 2019. Disponível em: https://www.zenite.com.br/noticias/camara-comissao-especial-aprova-proposta-de-nova-lei-das-licitacoes-texto-vai-a-plenario/. Acesso em: 12 set. 2019.

MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo: atualizado até a lei 13.303/2016 – Estatuto das Estatais.** Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado Editora, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRANDA, Tiago. Relator apresenta parecer sobre nova lei de contratações públicas. *In*: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sítio Eletrônico da Câmara dos Deputados**. Brasília, 23 maio 2018. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/538820-relator-apresenta-parecer-sobre-nova-lei-de-contratacoes-publicas/. Acesso em: 12 set. 2019.

PEIXOTO, Ariosto Mila. Do Projeto de Lei nº 1.292/95 (Câmara dos Deputados). *In*: **RHS Licitações**. *S.l.*, 2019. Disponível em: https://licitacao.com.br/index.php/do-projeto-de-lei-no-1-29295-camara-dos-deputados-2/. Acesso em: 12 abr. 2020.

PORTELA, Marilda Antonia Andrade. Nova Lei de Licitações. *In*: Jusbrasil. *S.l.*, 2019. Disponível em: https://marildaportela.jusbrasil.com.br/artigos/740515460/nova-lei-de-licitacoes?ref=feed. Acesso em: 12 abr. 2020.

TCU: É recomendável que as entidades do 'Sistema S' adotem, sempre que possível, a forma eletrônica do pregão. **Zenite Blog**, Curitiba, 11 ago. 2016. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/tcu-e-recomendavel-que-as-entidades-do-sistema-s-adotem-sempre-que-possivel-a-forma-eletronica-do-pregao/ . Acesso em: 12 abr. 2020.

27
O SONHO DE UM HOMEM RIDÍCULO: Uma análise jurídica/social do conto de Fiódor Dostoiévski a partir do pensamento de Emmanuel Levinas e Luis Alberto Warat

Caroline Isabela Capelesso Ceni[1]
Thaís Maciel de Oliveira[2]

RESUMO: A presente pesquisa objetiva, a partir da análise do conto 'O Sonho de um Homem Ridículo', de Fiódor Dostoiévski, a compreensão do excesso de racionalismo contemporâneo e o ato de fechar-se sobre si mesmo, sem abertura ao encontro com o Outro. A partir da abordagem dialética, através do contexto trazido pela obra de Fiódor dialogam Emmanuel Lévinas e Luis Alberto Warat na temática da alteridade e do senso comum teórico dos juristas com o viés crítico-emancipador. Dessa maneira, se faz de essencial importância, uma (re)discussão da abertura ao diálogo e ao encontro com o Outro e a sua interpelação, o primado para uma ética da alteridade, a fim de que o excesso de racionalismo não prejudique as relações sociais e a falta de compreensão das diferenças do Outro.

Palavras-chave: Amor Mediado. Ética da Alteridade. Senso Comum Teórico dos Juristas. Outridade.

[1] Mestre em Direito. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. Advogada. E-mail: carolineceni@uricer.edu.br.
[2]Doutoranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, pesquisadora bolsista da CAPES. Advogada. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte do pressuposto da alteridade-outridade exprimida no conto 'O Sonho de um Homem Ridículo', de Fiódor Dostoiévski, que face sua autoanalise em ser ridículo, acaba sendo interpelado por um pedido de socorro. A consequência é que esse pedido rompe com a sua redução fenomenológica, o que rompe com sua redução de si. Assim, o estudo questiona-se se é realmente possível sair do ser ontológico e de suas amarras contemporâneas do século XXI e como romper com o senso comum teórico dos juristas?

Desse modo, através da abordagem epistemológica crítica-dialética, descrever-se-á, brevemente, 'O Sonho de um Homem Ridículo' e suas nuances, e de maneira paralela, a partir das premissas da alteridade e da outridade. Na sequência analisar-se-á a teoria da alteridade-outridade de Emmanuel Levinas e como ela possibilita o rompimento do fechamento sobre si e a possibilidade de acolher a interpelação do Outro.

Após, analisar-se-á, a partir do pensamento de Luis Alberto Warat, o senso comum teórico dos juristas, e a presença da dualidade certo/errado na área jurídica e social, e como, a partir da alteridade/outridade, romper com essa condição e possibilitar uma (re)abertura ao Outro. De maneira conjunta, esses fatores permitem um diálogo que abre caminho para a alteridade e para o rompimento da totalidade. Por derradeiro, como finalidade fundamental da abordagem crítica-dialética objetiva-se desenvolver uma crítica das práxis sociais e do próprio senso comum teórico dos juristas como forma de libertar os sujeitos das diversas condicionantes totalitárias que permeiam sua vida e seu imaginário.

1 ANÁLISE DO CONTO 'O SONHO DE UM HOMEM RIDÍCULO' E SUAS NUANCES

"Eu sou uma pessoa ridícula" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p), assim começa o conto de Fiódor Dostoiévski: com a autoconsciência de ser ridículo. Esse homem ridículo descreve que desde os 7 anos de idade já tinha consciência que era ridículo, descreve como um segredo, o conhecimento de sua ridicularidade. Entretanto, esse segredo reflete nos seus questionamentos existenciais.

Desse modo, Dostoiévski (2011), trilha caminhos por abordagens como suicídio, loucura e homicídio. O conto entre um capítulo e outro mantém o tema da autoanálise, de uma forma pessimista e sombria, o desconhecimento de si perante os outros e a outridade. O personagem-narrador, no início do conto, reflete sobre o sentido em ser, nesse ser que é ridículo e ele não pode fazer nada a respeito, logo o suicídio lhe parece como algo inevitável.

"Pouco a pouco, imaginei que também não haveria nada no futuro. Então deixei de ficar com raiva das pessoas e quase de percebê-las [...] desisti de me preocupar com qualquer coisa e todos os problemas desapareceram" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

A partir dessa indiferença incessante e uma constante reflexão sobre a própria indiferença da humanidade, o narrador reflete sobre sua própria solidão, solidão que se assemelha a uma estrela solitária, cujo isolamento lhe faz perceber que lhe tinha chegado o momento de sua morte. Terminaria de protelar algo que já era inevitável, resolveria de pôr um ponto final na sua própria angustia. "Decidi que certamente seria durante aquela noite. E não sei porque a estrela me trouxera tal pensamento" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

Por derradeiro, no trilhar da sua própria reflexão sobre a chaga do momento exato de seu suicídio, uma criança desesperada irrompe sua autoanálise, lhe pedindo socorro. "Era uma criança com cerca de oito anos, com um lenço na cabeça, usando nada além de um vestidinho puído, todo encharcado pela chuva, mas o que mais me chamou a atenção foram os seus sapatinhos, rasgados e molhados" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p). O narrador argumenta que mesmo não tendo entendido sua linguagem, seu tom remetia ao desespero e angustia por sua mãe. Entretanto, o personagem-narrador não sai em defesa da criança, em um ato de arrogância e desprezo, ignora a menina com o intuito de seguir seu caminho e, tão logo, chegar ao suicídio.

Ao sentar-se em seu sofá o personagem-narrador indaga-se em um tormento de culpa pela criança. Se nada lhe importava o personagem começa a questionar sua atitude, seus sentimentos, sua própria existência. "Fiquei irritado com a reflexão de que, se eu iria acabar comigo naquela noite, nada deveria ter importado para mim" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p). Assim, mesmo que na sua própria consciência a totalidade lhe seja característica abundante, o homem ridículo tem uma experiência de transcendência ao ser interpelado pela menina. "Vi claramente que, enquanto ainda era um ser humano e não um nada, eu estava vivo e podia sofrer, ficar com raiva e sentir vergonha por minhas ações" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p). Nesse processo de questionamento, o homem ridículo tem um sonho transcendental, que integra outros universos, outros seres e outras indagações:

> Eu esperava algo com uma terrível angústia que torturava meu coração. E, de súbito, surgiu em mim um sentimento familiar e que me despertou: de repente, eu estava contemplando o nosso sol! Eu sabia que não podia ser o nosso sol, que dava vida à nossa terra, e que estávamos a uma distância infinita do nosso sol, mas por alguma razão eu sabia com todo o meu ser que era um sol exatamente como o nosso, como uma duplicata dele. Um sentimento doce e emocionante ressoou em êxtase em meu coração: o poder associado da mesma luz que me dera luz provocou um eco em meu coração e o despertou, e tive uma sensação de vida, a antiga vida do passado, pela primeira vez depois do meu enterro (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

Desse modo, ao longo da narrativa o homem ridículo fica maravilhado com a bondade, felicidade de sua nova realidade. O povo desse universo constata com uma consciência de utopia, e perfeição absoluta, o que causa dualidade no personagem narrador. "Não havia brigas nem ciúmes entre elas, nem mesmo sabiam o que as palavras significavam. Seus filhos eram filhos de todos, pois todos constituíam uma só família". Mais uma vez, o personagem é interpelado pela beleza do povo utópico, pelas canções, rituais e linguagem. Quando o olham com seus olhos amorosos "quando sentia que, na presença delas, um coração também se tornava tão inocente quanto o delas, o sentimento de plenitude da vida me deixava sem fôlego, e eu as adorava em silêncio" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

> Vejam só, mais uma vez: ora, e daí que foi só um sonho? Mas a sensação do amor desses homens inocentes e belos permaneceu em mim para sempre, e eu sinto que ainda agora o seu amor flui de lá sobre mim. Eu mesmo os vi, os conheci e me persuadi, eu os amava, eu sofri por eles depois. Ah, entendi imediatamente, ainda então, que em muita coisa não os entenderia jamais [...] Mas logo entendi que a sua sabedoria se completava e se nutria de percepções diferentes das que temos na nossa terra, e que os seus anseios eram também completamente diferentes. Eles não desejavam nada e eram serenos, não ansiavam pelo conhecimento da vida como nós ansiamos por tomar consciência dela, porque a sua vida era plena. Mas a sua sabedoria era mais profunda e mais elevada que a da nossa ciência; uma vez que a nossa ciência busca explicar o que é a vida, ela mesma anseia por tomar consciência da vida

> para ensinar os outros a viver; ao passo que eles, mesmo sem ciência, sabiam como viver, e isso eu entendi, mas não conseguia entender a sua sabedoria [...] (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

Entretanto, o narrador preconiza o que já estava por vir: a corrupção de um povo utópico. "Corrompi a todos eles" (DOSTOIEVSKI, 2011, n.p), ao passo que a ciência era criada, a mentira a inveja, sensualidade infectaram reinos inteiros. O ciúme e a crueldade como aspectos humanos foram a causa das primeiras gotas de sangue derramadas. Ao passo que a censura e a incriminação passam a exigir, a honra e a virtude tornam-se motivos se separação e distanciamento. A medida que a justiça é criada leis são edificadas para regular os comportamentos. As suas antigas lembranças de um mundo belo e alegre passam a se chamar de sonho.

O personagem-narrador narra seu sofrimento face da queda de uma cultura utópica, a beleza e a leveza dão lugar à guerra e ao sofrimento. "Então, tanta tristeza tomou cota da minha alma que meu coração se apertou, senti como se estivesse morrendo; e então... então eu acordei" (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p). Ao acordar o narrador descreve ter encontrado a verdade e seu anseio em transmiti-la. Finalizando a dicotomia bom/mal o personagem dedica-se a passar sua visão de mundo possível, que é um mundo de bondade, harmonia e amor. Justamente em virtude dessa sua nova visão o narrador comunica sua futura caminhada que é encontrar aquela menina, então parte para sua futura jornada.

2 O CONTO DE DOSTOIÉVSKI: UMA ANÁLISE A PARTIR DA INTERPELAÇÃO ÉTICA E A ALTERIDADE DE EMMANUEL LEVINAS

O fechamento sobre si a que refere o homem ridículo ao argumentar sua totalidade entra em diálogo com o fechamento sobre si trazido após a modernidade por Emmanuel Lévinas. Lévinas é um importante filósofo do século XX que contesta a própria filosofia ontológica-ocidental de seu século. A redução do ser humano "sob o nariz da ciência" (LÉVINAS, 2012, p. 22) desconsidera o humano através do valor mais elementar da vida humana: sua identidade e sua subjetividade. Assim, o fechamento sobre si está ligado à objetificação. A partir do momento em que o indivíduo não enxerga o Outro como humano, como ser com suas especificidades, sua anulação é característica do fechamento sobre si. Ou seja, fechado sobre si, o diferente é anulado em virtude de sua diferença. Apenas os iguais ao objeto referenciado são personas em uma realidade de objetificação massiva (MOURA, 2013).

No aspecto da diferença, Lévinas a eleva a princípio argumentativo. Para ele, a diferença caminha junto com o acolhimento. Como característica da personalidade, a relação com o Outro é primordial para o ser humano; como ser de inter-relações, o outro é característica fundamental na construção do ser. Consequentemente, os totalitarismos apresentam a característica de não ver o Outro, isto é, tratar todos como Mesmos:

> A igualdade de condições, embora constitua o requisito básico da justiça, é uma das mais incertas especulações da humanidade moderna. Quanto mais tendem as condições para a igualdade, mais difícil se torna explicar as diferenças que realmente existem entre as pessoas; assim, fugindo da aceitação racional dessa tendência, os indivíduos que se julgam de fato iguais entre si formam grupos que se tornam mais fechados com relação a outros e, com isto, diferentes. Essa desconcertante consequência foi percebida quando a igualdade deixou de ser aceita em termos de dogmatização ou de inevitabilidade. Sempre que a igualdade se torna um fato social, sem nenhum padrão de sua mensuração ou análise explicativa, há pouquíssima chance de

> que se torne princípio regulador de organização política, na qual pessoas têm direitos iguais, mesmo que difiram entre si em outros aspectos; há muitas chances, porém, de ela ser aceita como qualidade inata de todo indivíduo, que é "normal" se for como todos os outros, e "anormal" se for diferente. Essa alteração do sentido da igualdade, que do conceito político passou ao conceito social, é ainda mais perigosa quando uma sociedade deixa pouca margem de atuação para grupos e indivíduos especiais (ARENDT,2013, p. 59).

Nesse exposto, o processo de libertação do oprimido, essa experiência de outridade, "possibilita a relação ética entre o ser humano com a alteridade do outro e isso possibilita no mundo da vida a experiência da verdade e da liberdade" (SIDEKUM, 2015, p. 75). Para Lévinas, o abandono da totalidade se revela na máxima "tu não matarás", da relação com outrem "é a única que introduz uma dimensão da transcendência e nos conduz para uma relação totalmente diferente da experiência no sentido sensível do termo, relativa e egoísta" (LÉVINAS, 1980, p. 172); a vida é levada a patamar fundamental, primário, originário. Conforme o autor, o abandono da totalidade, o despertar da sonolência do fechamento sobre si é percebido quando o Eu enxerga as múltiplas possibilidades de ser diferente na sociedade.

Esse pensar as relações priorizando o Outro na relação, a partir de uma relação ética, questiona fortemente a racionalidade como o verdadeiro pressuposto da incompletude humana. Lévinas busca romper com o pensamento tradicional da totalidade, da racionalidade moderna, dos determinismos da totalidade racional, que legitima totalitarismos em uma linguagem fascista comprometendo-se com a política do puro conceito, presa nas amarras ontológicas do ser e em uma cultura do Mesmo.

Por seu turno, a afirmação da totalidade e a negação da alteridade caminham juntas. Na totalidade, o agir do Outro é dominado e oprimido, sua liberdade é aniquilada. A totalidade apresenta como características a possessão e a dominação que, juntas, buscam alienar

> o homem através da objetividade da história. A objetividade e a neutralidade do conhecimento revelam o triunfo do mesmo sobre o outro; com isso desaparece a liberdade e a dignidade do homem na totalidade e nela são absorvidos. Lévinas aponta-nos que a filosofia ocidental se estrutura nessa condição, na qual nenhuma interpelação se poderá contrapor e na qual a guerra e a destruição do indivíduo serão testemunhas na supressão da dignidade da pessoa humana na totalidade ideológicas (SIDEKUM, 2015, p. 110).

Com efeito, a leitura levinasiana, da compreensão do Outro longe das amarras ontológicas, caminha em direção à mudança axiológica da ética como filosofia primeira. Assim, não mais a razão, mas a sensibilidade e o outro passam a ser condição de existência no mundo. Desse modo, o seu pressuposto da ética como filosofia primeira vem do questionamento da razão como responsável pela aporia da indiferença na humanidade (CAMILLO, 2016).

Lévinas afirma que o movimento da saída ética é a necessidade de pensar o Outro, é o movimento de consideração pelo Outro. Para Lévinas, a guerra não é a origem de tudo, ou seja, o bem antecede a existência humana, portanto, a ética como filosofia primeira é justamente a visão da responsabilidade pelo Outro, o Outro como pressuposto primeiro de todas as relações; é a mudança do paradigma proposto pela Modernidade, é o enaltecimento do ouvir.

Diante disso, Lévinas defende a subjetividade do ser, defende a diferença e a relação com o Outro e afirma que o desejo pelo Outro é o que move os indivíduos, o ser é aquilo que ele constrói com seus semelhantes, assim a definição do ser é construída

a partir do contato com o Outro. Assim, reduzir o Outro ao Mesmo, seria matar sua alteridade, matar sua subjetividade, matar sua diferença, matar aquilo que o qualifica como humano.

Com efeito, a partir de uma linguagem poética da infinitude[1], Lévinas escreve sobre o abandono da objetificação e a interpelação do rosto[2] do Outrem. Para Lévinas, o processo interacional do sair de si, de rompimento da postura do fechar-se sobre si, é um caminho sem voltas, no qual "a constituição de identidade é permanente, contínua e resultante, principalmente, do contato com o rosto do outro" (MOURA, 2013, p. n.p.). Em outras palavras, a sensibilidade para Lévinas é o componente ético que apregoa um sentido moral de justiça. Logo, na relação altera com o Outro há uma abertura para o diferente, há um movimento de responsabilidade ao apelo do Outro.

A ideia do infinito para o autor é o transbordamento do pensamento, é o pensar ultrapassando o ser que o pensa. Ou seja, a ideia do infinito ultrapassa o pensamento, a excede, desborda-o (COSTA, 2000). A relação com o infinito incide na relação paradoxal da responsabilidade ética. Assim, é um acontecimento inesperado, excepcional, não habitual. Justamente, porque o Outro interrompe com seu olhar a ordem do hábito e previsibilidade, "despertando a novidade do tempo, ou antes, se revela como o próprio tempo. E se revelando sempre ao modo de um excesso, um *suplus,* que é, no fundo, a separação como a não totalização ou não integração do outro em face do mesmo" (FARIAS, 2012, p. 06). O infinito é assim em virtude de sua não totalização, não objetificação, da não integração do Outro em um Mesmo. É infinito em virtude do não fechamento sobre si; é infinito em virtude do não encastelamento sobre si mesmo.

Para Lévinas, a relação com o Outro tem um importante lugar na construção do indivíduo, o ser humano "experimenta a partir de si o que ele é, e por ser homem feliz, que possa, assim, exigir seu direito. Para isso, será exigida a revelação do outro, o encontro, através da qual a transcendência e a ética tornam-se visíveis" (SIDEKUM, 2015, p. 81). O fechamento sobre si, o encastelar-se sobre si mesmo é rompido/libertado em virtude da aproximação com o Outro. Essa relação de liberdade do oprimido, de liberdade face a encastelamentos é chamada relação ética.

O pensamento de Lévinas sobre a alteridade está marcado por um giro axiológico de sentido, destacando a importância no Outro da relação, pois o rosto do Outro que questiona o Eu, o rosto do Outro que convida a uma dimensão da sensibilidade, o rosto do Outro abre a dimensão do infinito e infere a responsabilidade ética. Consequentemente, essa relação de alteridade transforma as relações eminentemente humanas.

O cerne da compreensão da ética para Lévinas está na compreensão do conceito de alteridade, está no sentido da experiência de transcendência. Esse autor percebe que, para entender os males sociais, a desumanização humana, é preciso refletir sobre o que faz o homem perder a sua humanidade, refletir sobre esse movimento que retém o homem em um campo do Mesmo. Para Lévinas, se ficarmos dentro de uma fenomenologia[3] de totalidade não teremos uma dimensão de infinitude. Busca-se,

---

[1] Termo de Lévinas que designa a transcendência do ser, a relação do ser enquanto ser, a relação de exterioridade do Mesmo e do Outro, que ao ser convocado, a sair de uma cultura do Mesmo, não reduz o outro, mas conserva sua exterioridade. "Designa o contato do intangível, contato que não compromete a interioridade daquilo que é tocado" (LÉVINAS, 1980, p. 37).

[2] Rosto para Lévinas é aquilo que caracteriza o ser humano, o diferencia dos outros seres, é a imagem que transcende, representada pelo corpo, é a parte mais desprotegida do ser humano, é a sensibilidade do ser, repleta de nudez.

[3] Aquilo que se manifesta, vem a nós. Lévinas propõe uma ética fenomenológica; uma ética sobre aquilo que se manifesta, uma ética caminhante, que não se forma através de regras, mas de forma constante, contínua, em movimento.

nesse sentido, romper com a cegueira da fenomenologia: do mundo objetivo, coisificado, para então permitir a abertura ao Outro.

Refletir sobre a experiência de transcendência, para Lévinas, é pensar na doação sem retorno, na doação sem reservas, no despertar para o próximo, despertar de uma relação egoísta e relativa. Desse modo, esse despertar para uma relação face a face, se expressa além do contexto sociocultural, a palavra do estrangeiro, do Outro. Para Lévinas, é apelo primeiro, irrompe o discurso universal e irrompe o primado do Mesmo. Nesses termos, esse *logos* da diferença, esse *logos* da linguagem do Outro cinge as diferenças humanas em um primado de relações inter-humanas (FABRI, 2007).

Lévinas afirma que a relação com outrem é uma relação de responsabilidade ética, ou seja:

> A filosofia de Lévinas instaura um novo humanismo. A perspectiva de seu pensamento abrange fundamentalmente a ética. A ética tem seu ponto de partida no reconhecimento da alteridade do outro. Lévinas é um pensador que vai além das perspectivas da subjetividade, do psiquismo e da ecologia da Modernidade, inserindo-se na compreensão do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais ditados pela alteridade do outro que é fundamento e a dimensão teleológica da justiça. (SIDEKUM, 2009, p. 527).

O caminho de filosofar levinasiano conduz a uma ética de relação com o absolutamente outrem. Essa relação é assentada na palavra "tu não matarás, que não cria, por si só, a impossibilidade fática do homicídio, mas torna real a humanidade do homem" (CAMILLO, 2016, p. 47). Assim, por meio da responsabilidade ética, a filosofia de Lévinas caminha em direção ao acolhimento do Outro, a ver o ser enquanto ser, acolher e respeitar suas individualidades, especificidades, respeitar e reconhecer a sua diferença como diferença incessante.

Com efeito, a alteridade com o Outro é não se colocar no lugar do Outro, já que isso seria uma redução ao Mesmo, seria uma anulação de alteridade; o ser precisa ser um processo de individualização contínua, constante; não há como abarcar toda a essência do ser, sem recair em uma redução. Seu discurso ético pressupõe uma relação de natureza assimétrica, já que o Outro é determinante na relação, "o foco [...] são os Outros frente ao mesmo", levando ao entendimento "de um direito hierarquizado verticalmente, dentro de um tempo linear, no interior de um processo de causalidade estreita" (AGUIAR, 2017, p. 10-11).

A presente reflexão de responsabilidade ética e de alteridade pelo Outro, abre uma perspectiva peculiar de não totalização, ou seja, a relação de alteridade pressupõe um respeitar o Outro sem objetivar, sem assimilar. Pressupõe ver o outro enquanto ser, sem reduzi-lo a uma imagem de sua vivência, sem reduzir o Outro a um Mesmo. Dessa forma, essa ideia de alteridade rompe com o plano da totalidade, o plano no egocentrismo, rompe com o manto do Eu. Essa perspectiva abre-se à visão da exterioridade, abre-se a uma dimensão ética do questionamento do Mesmo, abre caminhos para o ser trilhar rumos para fora do seu encastelamento sobre si, abre caminhos para o ser-além.

O medo, o incomodo que o personagem narrador traduz pelo sentimento trazido pela menina dialoga com a interpelação ética levinasiana:

> Vocês acreditam que foi por isso que gritei com ela: Estou quase convencido disso agora. Parecia claro para mim que a vida e o mundo de alguma forma dependiam de mim. Posso quase dizer que o mundo agora parecia criado para mim apenas: se eu me matasse, o mundo deixaria de existir, pelo menos para mim. Isto para não falar de que talvez nada exista para alguém quando eu

> partir, e que assim que minha consciência se extinguir, o mundo inteiro também desaparecerá e ficará vazio como um fantasma, como um mero apaziguamento da minha consciência, pois possivelmente todo este mundo e todas essas pessoas sejam apenas eu mesmo (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

Com essa consciência, o narrador questiona sua própria existência e como a existência dos outros refletido no olhar do Eu é parte de si mesmo. Frente esse comportamento moral do não ouvir, de uma moral que não mais interpela ou responde ao outro, a ética pautada na alteridade é fonte de pensamento vivo e transformador. O despertar para vida pulsante, para a verdadeira vida, mais que um movimento de ver o outro, também representa um movimento de percepção anterior à consciência. É a percepção desse corpo que carrega história e cultura.

Neste aspecto, a violência da redução ontológica, a violência da anulação da diferença transborda do universo físico, e apresenta um alto teor simbólico. A filosofia que parte de um mesmo, que parte de um igual, do eu, parte de um universo simbólico de sentidos e significações ontológicas. Por seu turno, as formas simbólicas de dominação, a razão instrumental que direciona o humano pauta-se em um poder simbólico de anulação velada. Mais que uma simples objetificação, a redução incorre de uma estrutura lógica que justifica sua ação. Consequentemente, a anulação do ser, sua objetificação é velada face a esse universo de totalização.

Diante disso, a ética da alteridade levinasiana, mais que um compromisso altero, mais que um movimento de responsabilidade, representa um rompimento com o simbolismo pautado no mesmo. O logos humano, o movimento de direcionamento para as diferenças parte de um pensamento do ser como individualização contínua. Logo, pensar essa responsabilidade é pensar o simbólico diante do Outro, é pensar o simbólico com a sensibilidade, é pensar no diferente em uma subjetividade aberta, é pensar o simbólico em uma dimensão de infinitude.

3 O CONTO DE DOSTOIÉVSKI: UMA ANÁLISE A PARTIR DO SENSO COMUM TEÓRICO DOS JURISTAS DE LUIS ALBERTO WARAT

De maneira inicial, insta salientar, o despreparo da sociedade em fornecer respostas que permitam uma coesão social diante das diferenças e complexidades que hoje se apresentam. Nesse sentido, torna-se necessária uma revolução, mas "[...] uma revolução que será também epistemológica que permita passar da monocultura da ciência jurídica para uma ecologia de saberes jurídicos" (SANTOS, 2014, p. 100). Que permita a abertura ao Outro, a quebra do fechamento sobre si, o reconhecimento – e respeito – às diferenças. Especificamente, sobre a área jurídica, faz-se necessária a formação de profissionais preparados para a complexidade social, fugindo do racionalismo excessivo que a modernidade apregoa, assim

> Temos que formar os profissionais para a complexidade, para os novos desafios, para os novos riscos. As novas gerações vão viver numa sociedade que, como eu dizia, combina uma aspiração democrática muito forte com uma consciência da desigualdade social bastante sólida. E, mais do que isso, uma consciência complexa, feita da dupla aspiração de igualdade e de respeito da diferença. (SANTOS, 2014, p. 102).

Nesse sentido, Luis Alberto Warat exprime, por meio de seus escritos, a necessidade de que haja uma abertura às diferenças, em razão do enriquecimento social que essas ensejam. Contudo, "não sei quanto tempo demorará a entender que, em nome do respeito à lei e às verdades científicas, se esconde a certeza de que poucos juristas terão "peito" para propor outra versão do mundo" (WARAT, 2000, p. 53).

Essa outra versão do mundo a partir do olhar waratiano é uma versão em que a dogmática jurídica não seja a única opção. Domina na contemporaneidade uma cultura normativista, técnico burocrática que decorre das próprias relações sociais que não são alteras e são impregnadas pelo pensamento cartesiano e pelo racionalismo que a modernidade relegou. Por derradeiro, o logocentrismo pautado em um deus-pai; origem de todas as coisas é personificado no juiz-racional, que fundamenta sua neutralidade em prol do normativismo.

"Existe uma permanente luta na sociedade para impor versões unívocas do mundo. É a guerra do um contra o outro um" (WARAT, 2000, p. 82). Nessa guerra o papel do Direito se mostra de confronto – repetindo o confronto já existente na sociedade – uma vez que o próprio processo apresenta uma postura conflitiva e de embate em relação ao outro, instaurando uma parte como vencedora e outra como perdedora.

"O saber jurídico – que acaba sendo obnubilado pela informação fragmentada – hoje cabe em 140 caracteres, para usar uma imagem tipicamente contemporânea" (STRECK, 2012, p. 186). Nesse aspecto o senso comum teórico dos juristas é "uma espécie de crítica da razão cínica acerca do funcionamento do Direito e da dogmática *strictu sensu*" (STRECK, 2012, p. 187).

Assim, o senso comum se torna uma renúncia ao prazer se pensar, em razão da dominação simbólica dos homens a partir, apenas, da ideia de aplicação da lei ao caso concreto e tipificação de condutas. Não se dá à linguagem, as relações, um sentido secundário. Do conto de Dostoiévski extrai-se que

> Quando se tornaram maus, começaram a falar em fraternidade e humanidade e entenderam essas ideias. Quando se tornaram criminosos, conceberam a justiça e prescreveram a si mesmos códigos inteiros para mantê-la, e para garantir os códigos instalaram a guilhotina (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

A partir disso pode-se dimensionar a violência simbólica perpetrada pela justiça. A dogmática jurídica torna os fenômenos sociais simples abstrações jurídicas e as pessoas se "coisificam", são autor e réu, reclamante e reclamado ou, até mesmo, suplicante e suplicado (STRECK, 2012). Nesse aspecto, a própria sociedade globalizada contribui para a 'coisificação' das relações, em razão de uma modernidade líquida que troca o que não lhe serve mais.

Ou seja, a alteridade – a fraternidade – foi relegada para segundo plano. Contudo, como refere Dostoiévski (2011, n.p) "não quero e não posso acreditar que o mal seja o estado normal dos homens". Por isso, é preciso romper com essa visão de mundo que se converte em ideologia e desesperança, e mostra um

> [...] quadro patético de uma humanidade que naufraga, que se desumaniza, que aprofunda a discriminação, a dominação, que multiplica os campos de concentração e transforma seus conceitos nobres em termos que escondem genocídios. Estamos com uma preocupante sensação de estarmos perdidos em um labirinto de instituições esgotadas, que se suspeita sem saídas (WARAT, 2005, p. 2).

Assim, faz-se necessário questionar a ciência, questionar a racionalidade para, enquanto sociedade, alcançarmos uma outra postura frente aos semelhantes, mas, isso, a partir de suas diferenças. Questionar os próprios discursos sociais que, hoje, apresentam modelos explicativos imunológicos: o outro estranho a mim, o terceiro, é o inimigo, mas isso não é sinal de um aumento da época imunológica, mas sim de um declínio (HAN, 2015).

É necessário dialogar a partir do questionamento da importância de uma ética da alteridade e essa condição se dará quando se compreender a sua importância, a importância de uma nova formatação das relações sociais. Nesse sentido, o reconhecimento, que o amor proporciona, melhora a qualidade de vida dos indivíduos, o equilíbrio emocional e a relação com o mundo, um mundo complexo, que machuca (WARAT, 2004b) e precisa da produção da alteridade para com o próximo.

> A democracia da alteridade afetiva, torna lícito concluir e, encontra sentido social na tentativa de evitar a morte do pensamento e a destruição de uma sociedade que, procurando uma harmonia absoluta, se torna violenta e discriminatória (WARAT, 2004a, p. 492)[1].

Tal condição se torna possível quando o outro é tratado com humanidade e não como um terceiro inimigo, ao mesmo tempo em que se possibilita um reconhecimento à ele. "[...] A reprodução da vida social se efetua sob o imperativo de um reconhecimento recíproco porque os sujeitos só podem chegar a uma autorrelação prática quando aprendem a se conceber [...]" (HONNETH, p. 155, 2009). Afinal, diz-se que

> [...] ame aos outros como a si mesmo, eis o principal, só isso, não é preciso nem mais nem menos: imediatamente você vai descobrir o modo de se acertar. E no entanto isso é só — uma velha verdade, repetida e lida um bilhão de vezes, e mesmo assim ela não pegou! (DOSTOIÉVSKI, 2011, n.p).

Resta, então, a partir de um exercício de autoanálise – individual e social – a busca do amor altero, do amor e da abertura para a interpelação do Outro. Portanto, pode-se falar, inclusive em, Direitos da Alteridade, aqueles que possibilitam a produção do novo com o outro, tais como: direito a não estar sozinho, direito ao amor, direito a não discriminação e exclusão, direito a não submissão, direito a escuta, direito a autonomia, direito ao encontro com a própria sensibilidade e com a sensibilidade do outro (WARAT, 2010).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se a importância de retomar o pensamento de autores clássicos, como Emmanuel Levinas e Luis Alberto Warat, que permitem, a partir da análise de um conto como 'O Sonho de um Homem Ridículo' um comparativo com as relações interpessoais que existem na contemporaneidade e como elas reproduzem uma violência simbólica perpetrada, inclusive, pelo sistema de justiça.

Contudo, nos resta a retomada de consciência de formas para recuperarmos socialmente uma ética da alteridade que aceite a interpelação do Outro, que reconheça o outro a partir de sua diferença e o aceite como um igual. Também, que se analise a possibilidade de efetivação do que chamamos de Direitos da Alteridade, que poderiam ensejar na concretização de uma nova realidade social.

Mas, fica ainda, a necessidade de reconhecer a nossa responsabilidade, enquanto seres humanos, enquanto profissionais na sociedade, do que não é bom e do quanto contribuímos para o que não é bom. Essa condição permite que, enquanto sociedade, reconheçamos nossas falhas na falta de empatia, na falta de alteridade com o Outro, na reprodução da violência simbólica perpetrada nas relações interpessoais e

---

[1] Tradução livre do seguinte trecho em espanhol: "La democracia que hable de la alteridad afectiva, es licito concluir, encuentra su sentido social en la tentativa de evitar la muerte del pensamento y la destrucción de una sociedade que, procurando una armonía absoluta, se vuelve violenta y discriminatória" (WARAT, 2004a, p. 492).

pelo sistema de justiça e o que podemos fazer para alterar essa condição. Fica, de maneira inicial, a sugestão, de retomada de uma ética da alteridade, do amor pelo Outro, dos Direitos de Alteridade e da aceitação das diferenças sociais, como superação do binômio certo/errado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto. A. Alteridade e rede no direito. In: COSTA, A. B. (Org.). **O Direito achado na rua:** nossa conquista é do tamanho da nossa luta. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 5-48, 2017.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. **A teoria da alteridade jurídica**: em busca do conceito de direito em Emmanuel Lévinas. São Paulo: Perspectiva, 2016.

COSTA, Márcio Luis. **Lévinas**: uma introdução. Tradução. J. Thomas Filho. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. **Duas narrativas fantásticas**: a dócil e o sonho de um homem ridículo. São Paulo: Editora 34, 2011. Livro Digital.

FARIAS, André Brayner. Por que a responsabilidade? **Conjectura**, v. 17, n. 1, p. 187-198, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://www.ucs.com.br/etc/revistas/index.php/conjectura/article/view/1532/99>. Acesso em: 01. set. 2020.

FABRI, Marcelo. **Fenomenologia e cultura**: Husserl, Lévinas e a motivação ética do pensar. Porto Alegre: Edipucrs, 2007.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do Cansaço**. Petrópolis: Vozes, 2015. Tradução de Enio Paulo Giachini.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento:** a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: 2. ed. Editora 34, 2009. Tradução de Luiz Repa.

LÉVINAS, E. **Humanismo do outro homem**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LÉVINAS, E. **Totalidade e infinito**: ensaio sobre a exterioridade. Lisboa: Edições 70, 1980.

LÉVINAS, E. **Violência do rosto**. São Paulo: Loyola, 2014.

MOURA, R. S**. Justiça e alteridade**: a hermenêutica jurídica pautada na ética do amor. Belo Horizonte: Initia Via, 2013. Livro Digital.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014.

SIDEKUN, A. Emmanuel Lévinas: a ética da interpretação. In: BARRETTO, V. P. (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, p. 527-530, 2009.

SIDEKUM, A. **Lévinas e a filosofia da libertação**. Nova Petrópolis: Nova Harmonia, 2015.

STRECK, Lenio Luis. O Senso (In)Comum das "Obviedades" desveladas: um tributo a Luis Alberto Warat. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**: São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 185-192, Jul./Dez. 2012. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2012.42.08>. Acesso em: 06 ago. 2018.

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino do Direito**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social:** fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. **2005**. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 28 agos. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **A Rua Grita Dionísio!** Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Tradução e organização: Vivian Alves de Assis, Júlio Cesar Marcellino Jr. e Alexandre Morais da Rosa.

28

PRECONCEITO, RACISMO E DISCRIMINAÇÃO:

(in)visibilidade e reflexos no contexto social da sociedade contemporânea

Simone Paula Vesoloski[1]
Carine Pertuzzatti[2]
Simone Gasperin de Albuquerque[3]

RESUMO: O presente artigo objetiva destacar pontos relacionados à conceituação e entendimento do que é preconceito, racismo e discriminação, dando maior ênfase e aprofundando a pesquisa em relação à discriminação racial acerca da cor e da raça, perscrutando-se quais as práticas discriminatórias, maneiras de propagação e os meios de ruptura e mitigação. A metodologia utilizada compreende o raciocínio indutivo e o método analítico-descritivo. A discriminação racial é uma conduta recorrente dentro da sociedade e gera efeitos negativos. Para tanto, é imprescindível o enfrentamento da discriminação racial a fim de garantir meios de mitigá-la. Uma tentativa para se ter êxito é através de alternativas capazes de promover a ruptura desse ciclo como: a criação de políticas públicas, estratégias, ações educacionais, sensibilização da população, ações afirmativas, dentre outras medidas. Acredita-se que somente com a implementação de tais medidas será possível oportunizar a construção de uma sociedade mais justa, igualitária, equânime e humanizada.

Palavras-chave: Ações afirmativas. Discriminação racial. Práticas discriminatórias. Preconceito. Racismo.

---

[1] Acadêmica do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim, E-mail: simonels17@hotmail.com
[1] Acadêmica do 10º semestre, Curso de Direito – Uri Campus de Erechim, E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com
[1] Docente Orientadora. Graduada em Direito. Especialista em docência em ensino superior. Especialista em direitos humanos. Mestre em Direito. Professora do Curso de Direito – Uri Campus de Erechim. E-mail: salbuquerque@uri.com.br.

INTRODUÇÃO

O preconceito, o racismo e a discriminação ainda fazem parte da sociedade contemporânea, estando enraizados e gerando efeitos negativos. De modo geral, o preconceito e o racismo repercutem em práticas discriminatórias, seja pobre, negro, homossexual, bissexual, pessoas com limites e/ou má formação física, prostitutas, mulheres, enfim, uma grande parcela da população sobre com práticas discriminatórias sem limites o tempo todo.

Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em artigos, dissertações e sites relacionados ao tema, utilizando a metodologia indutiva e o método analítico-descritivo. Este artigo, além desta introdução, tem o intuito de trazer fundamentos e conceituando o entendimento acerca do preconceito, do racismo e da discriminação. De modo peculiar, aprofundou-se a pesquisa na temática que envolve a discriminação racial. A discriminação em razão da raça e da cor é mais comum, e na maioria dos casos as pessoas que mais sofrem com a discriminação racial são as de pele escura, negras ou afro-brasileiras; e se forem pobres, a discriminação é redobrada.

Ainda, perscrutou-se saber como podem repercutir as práticas de discriminação racial e os meios de reprodução, bem como investigou-se as faces da discriminação racial, analisando a partir de que modos é possível criar alternativas de ruptura e mitigação do ciclo discriminatório dentro da sociedade.

A discriminação racial em si é ofensiva para a vítima, além de causar angústia, dor, isolamento, muitas vezes gera quadro de depressão, ansiedade, fobia e uma série de outros efeitos negativos e, em casos extremos, pode causar até suicídio. Por mais que a discriminação racial em si não é recente, merece ser discutida, pois se trata de um problema que ainda não foi superado. A prática muitas vezes perpassa de uma geração para outra, tornando-se recorrente e 'normal', porém deve ser banida e extirpada da sociedade a fim de proporcionar uma transformação, resignificando o atual cenário, resgatando e dignificando a sociedade realmente como mais justa, democrática e acima de tudo mais igualitária.

1 PERFECTIBILIZAÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL: origem, aparato legislativo e conceituação

O Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade", por esta razão devem ser tratados de igual modo, se distinção. Ademais, ainda o Art. 7º da mencionada Declaração preceitua que "todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

Nesse diapasão, torna-se imprescindível diferenciar o que é preconceito, o que é racismo e o que discriminação. Para tanto Bezerra (entre 2017 e 2020) considera o preconceito como uma opinião prévia formada, um julgamento superficial e geralmente negativo sobre um indivíduo ou um grupo de pessoas sem conhecê-los. Já o racismo se pauta na perspectiva de que existem raças superiores e outras inferiores. E por fim, a discriminação é o ato, a ação que se fundamenta no preconceito ou no racismo, onde um indivíduo trata o outro de modo desrespeitoso, inferior ou injusto pelo simples fato de se achar superior ou melhor.

Compreendendo de modo simplificado a distinção entre racismo, preconceito e discriminação, é importante salientar que a pesquisa abordará aspectos relacionados à discriminação racial, portanto é fundamental compreender o entendimento a luz da conceituação dessa temática. Para tanto, o Decreto nº 65.810/1969, promulga a Convenção Internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial e traz no Art I, item 1, o significado dessa expressão:

> Artigo I - 1. Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão restrição ou preferência baseadas em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de vida pública. [...] (BRASIL, 1969)

Assim, qualquer ação de segregar, afastar, isolar da sociedade qualquer indivíduo ou grupo de indivíduos em razão da sua raça, da sua cor, da sua descendência, enfim, são tidas como condutas discriminatórias. Pois essa discriminação racial torna esses seres humanos alvos de ações negativas, torna-os invisíveis aos olhos de muitos e tendem a fazer com que eles 'não pertençam a sociedade'.

Desse modo, ainda o Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 12.288/2010 conhecida como o Estatuto da Igualdade Racial, traz o conceito de discriminação racial praticamente igual previsto no Decreto nº 65.810/1969 que promulga a Convenção internacional supracitada anteriormente, o qual considera:

> Art. 1ª [...] Parágrafo único. Para efeito deste Estatuto, considera-se:
> I - discriminação racial ou étnico-racial: toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada; [...] (BRASIL, 2010).

Nesse contexto, é importante ressaltar a previsão contida na Constituição Federal de 1988, que traz no Art. 3º, inciso IV, como objetivo do país "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", e o Art. 5º, caput, inciso I elenca essa garantia de igualdade:

> 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).

A partir desses instrumentos legislativos a nível internacional e nacional é possível perceber que o princípio da igualdade de tratamento sem haver distinção entre uma pessoa e outra é considerada como prerrogativa de suma importância, e infringir esse princípio é tido como um comportamento inaceitável dentro da sociedade democrática de direito.

Importante esclarecer e destacar o ponto de vista de Lima (2011) ao conceituar o preconceito. Pois para a autora, ele é uma forma prévia de pensar, pré-julgar algo ou

alguém sem conhecer de fato, e a partir deste preconceito é que terá a incidência da discriminação.

Quanto ao racismo, Paixão (2020) caracteriza o racismo em três tipos, o racismo direto, o institucional e o estrutural. O racismo direto é a maneira mais violenta de prática racista, pois além de ataque verbal pode ocorrer o ataque físico e o agressor escolhe a vitima a partir dos seus preconceitos. Já o racismo institucional não é muito óbvio, se baseia na desigualdade que pode ocorrer em instituições privadas e/ou públicas. E o racismo estrutural é ainda mais invisível, contanto que muitas vezes passa por despercebido pela sociedade.

Para Machado (2000) conceituar o racismo não é fácil ainda mais quando ocorre na prática e se torna ato de discriminação. Existem variadas definições, pois quando se fala na ideologia e no preconceito racial a maioria dos doutrinadores compreende que faz parte da estrutura e da cultura humana, já quando se passa para a avaliação na seara dos comportamentos sociais a definição esta aquém do consenso teórico. Contudo, para o autor a forma de manifestação e a gravidade variam muito no tempo e no espaço, tendo como protagonistas e alvos indivíduos heterogêneos.

É por meio da externalização do preconceito e do racismo que ocorrerá a discriminação. De um modo geral, a maioria das discriminações ocorre em razão da raça, da cor e de uma condição do indivíduo ou grupo de indivíduos. É perceptível que os que mais sofrem com os efeitos negativos no país são os negros e os pobres.

Santos (2010) vislumbra o conceito de preconceito como a formulação de ideia(s) calcada(s) em concepções prévias, sem passar por um processo reflexivo, sendo algo não maturado ou objeto de falsa racionalização. Já o racismo leva a crença da superioridade entre raças, justificando atitudes de discriminação e perseguição contra raças consideradas inferiores. E a discriminação por sua vez, sob a ótica do autor, significa diferenciar e adquire o sentido de separação e de segregação negativa.

Neste interim, Schucman (2010) considera o racismo como qualquer fenômeno que possa caracterizar e justificar as distinções, as preferências, privilégios e desigualdades materiais e simbólicas entre os indivíduos pautados na ideia de raça. Pois o ato de promover, legitimar e perpetuar as disparidades sociais, culturais, políticas e psíquicas associadas à raça refletem a legitimação das diferenças sociais a partir de uma concepção falaciosa.

Ainda, para a autora supramencionada, no Brasil o racismo repercute sobre indivíduos que possuem uma característica específica, recaindo em maior grau nas pessoas com traços de origem africana e pele escura, assim, há uma grande separação e diferenciação entre brancos e não brancos. Desse modo, essa classificação na maioria dos casos, repercute na sociedade negativamente, pois a ideia de cor e raça acabam se atrelando no meio social e gerando discriminação racial vinculada à cor do ser humano.

Desse modo, Barros et al (2020) considera que a discriminação racial é muito além de uma postura, ele acaba sendo um câncer necrosado e internalizado na sociedade, é um camaleão que se reveste conforme a conveniência, a oportunidade e o momento. Pois ser isso ou aquilo, ou simplesmente ser preto é 'crime' sob a concepção e ponto de vista de alguns e 'lesa' à pátria.

Como a discriminação racial não é algo recente e ocorre diariamente com muitas pessoas, Lima (2011) considera que a discriminação racial pode ocorrer de dois modos, direta e indiretamente. Assim, a mais fácil de ser identificada é a discriminação racial que ocorre diretamente, pois ela é resultante do próprio comportamento humano, atinge um indivíduo específico e se perfectibiliza por meio de ofensas, xingamentos, podendo chegar até a violência física. Já a discriminação racial indireta ela é implícita, quer dizer que ela pode surgir de modo oculto, mascarado nas normas, nas leis, nas políticas públicas, enfim, nas variadas práticas rotineiras que

aparentemente estariam desprovidas de algum aspecto discriminatório, porém existe e prevalece caráter racista, discriminatório, porém identifica-la é mais complexo.

Nesta senda, oque deveria ser anormal e incomum, torna-se entre aspas comum e rotineiro. Se deparar, sofrer ou até mesmo ser conivente ou praticar atos de discriminação racial em meio à sociedade é algo que deveria ser abolido por todos, pois tem caráter opressivo e negativo para o que sofre e atingido direta e indiretamente com práticas de discriminação racial. Sem contar que tais condutas repercutem na sociedade de modo grandioso, tornando-se incapaz de medir todas as consequências destrutivas que a discriminação racial em si é capaz de produzir e impactar os indivíduos afetados.

2 PRÁTICAS DE RACISMO E PRECONCEITO COMO MEIO DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL NO MEIO SOCIAL: da incidência aos meios de reprodução

Como mencionado anteriormente e restrito a temática da pesquisa, é por meio da exteriorização do preconceito e do racismo em razão da cor e da raça é que a discriminação racial surgirá.

Para Campos (2017) as ações e as práticas discriminatórias tem anteposição a partir do momento em que se pretende entender ou mensurar o racismo que existe dentro da sociedade. Desse modo, para o autor é impossível ignorar o papel das crenças na (re) produção da discriminação racial, pois, por mais que se procure aprofundar o conhecimento nas ideologias racistas, jamais seria possível elucidar de fato todos os mecanismos que constituem a discriminação. Muitas vezes as crenças ganham um formato mascarado, que por mais que dão a entender que possam ser atitudes emotivas, irracionais e reativas, elas podem não se traduzir em uma ação discriminatória intencionalmente racista.

Ainda para o autor supramencionado, definir a discriminação como prática não é uma tarefa simples e rasa. Por sua vez, a literatura e parte dos doutrinadores tentam se preocupar com a formulação e com a aplicação de técnicas de pesquisa que serão capazes de abarcar e capturar atitudes que consideram como prática discriminatória. Porém a verdadeira definição vai muito além.

Nesse aspecto, como a sociedade em si é diversificada e multifacetada, não tem como ter um padrão cem por cento definido do que é e do que pode não ser uma prática discriminatória racial.

Em vista disso, Campos (2017) ressalta que o racismo perfectibilizado na ação de discriminação racial não desaparecerá da sociedade contemporânea e a sua manifestação se perfectibilizará cada vez mais de um modo complexo, assim, captar a sua dinâmica vai muito além de uma investigação empírica, mas exige e exigirá orientações teóricas sobre elementos ontológicos que caracteriza as formas de manifestação.

É importante ressaltar que casos de discriminação racial infelizmente ocorrem de modo natural na sociedade, tendo variadas formas e os mais distintos alvos. Apenas um pedido de perdão, de desculpas, não é suficiente para minimizar os efeitos negativos que a vítima sofreu ou continua a sofrer. Essa dor invisível, essa atitude negativa perpassa muitas vezes geração a geração. Conduta que gera uma dor que não acaba, ameaça que perpetua, atitudes que destroem, ferem direitos, fragilizam sentimentos, lesam a dignidade da(s) pessoa(s) e promovem uma série de fatores desfavoráveis e contrários para uma sociedade democrática que se pauta e dignifica como bem maior a igualdade, a fraternidade e a liberdade. A vítima dessa conduta de discriminação racial muitas vezes fica invisível frente a uma sociedade que enxerga

somente o que quer ver, além do mais, essa conduta se remete a um agressor que não tem nome, sobrenome e endereço definido.

Partindo desse pressuposto que vislumbra a pessoa que prática atos de discriminação racial como qualquer pessoa, cabe salientar que recentemente o país vivenciou situações e condutas de discriminação racial que ganharam ênfase e magnitude nos meios de comunicação. Desse modo, a discriminação pode vir muitas vezes de quem menos se espera. Em vista das notícias, conforme pontuado por Londres e Aguiar (2020) houve nota de repúdio em uma sentença proferida por uma magistrada do Fórum Central da Região Metropolitana de Curitiba – PR. A decisão proferida em 19 de junho de 2020 pela magistrada Inês Marchalek Zarpelon aumentou a pena de um indivíduo do sexo masculino após associa-lo a questão racial à suposta participação em uma facção criminosa. Tal sentença foi atacada negativamente por inúmeras pessoas, pois a postura tida por ela não coaduna com a democracia e com o povo brasileiro. No ponto de vista, a magistrada foi preconceituosa e tal conduta não é admissível no Judiciário, que tem a prerrogativa de ser imparcial e zelar pela Constituição que prima principalmente pela igualdade.

A decisão da magistrada além de muito comentada, é polêmica. Segundo Neto (2020) foi instaurado pedido de providências contra a magistrada por solicitação do corregedor nacional de Justiça Humberto Martins. Ademais, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ irá apurar se a magistrada feriu o Código de Ética e a Lei Orgânica da Magistratura - LOMAN.

Nesse passo, Canofre (2020) enfatiza outro caso recente de discriminação racial. Trata-se de um *motoboy* humilhado, agredido verbalmente por um morador em um condomínio no interior de São Paulo. O morador Mateus Abreu Almeida Prado Couto proferiu palavras ofensivas ao entregador.

Insta salientar que os casos evidenciados e popularizados pelas mídias e redes sociais demonstram a gravidade das agressões e das condutas raciais. Todavia, são casos que acabam repercutindo dentro da sociedade, produzindo angústias, revoltas, incertezas e vários outros sentimentos. Obviamente não se pode menosprezar os que ficam a lacuna do anonimato e da invisibilidade, pois ocorrem casos de discriminação racial todo o dia e em todos os lugares. Todos merecem atenção e um cuidado humanizado, com viés voltado pra garantia de direitos, de respeito e do resgate da dignidade despedaçada.

Nesse contexto, para Lima (2017) a manifestação da discriminação racial vai variar muito de acordo com a amplitude tanto no tempo bem como no espaço. Sendo muito complexa a questão de pele, pois, dependendo da situação fática, em diversas vezes a cor de pele não é levada em conta pela razão econômica. Desse modo, para a autora, uma pessoa rica de pele escura, ou seja, negra, é tratada visivelmente diferente de uma pessoa negra pobre. Com esse exemplo, é ilusão acreditar que a discriminação em si se dá apenas pela condição econômica de cada indivíduo. Contudo, para o negro pobre, a discriminação ocorre de forma dobrada, uma em razão da cor da pele e outra pelo fato da condição econômica em si.

Na perspectiva de Oliveira (2004) as práticas de discriminação racial surgem de maneira dissimulada, ocorrendo em alguns casos em que o autor da prática tem ciência de que esta fazendo e o faz com intenção, contudo, tem casos que falta consciência sobre as atitudes que repercutem de modo preconceituoso e ofensivo e muitas vezes a vítima nem percebe que sofreu os efeitos. Assim, as condutas discriminatórias são práticas ilegais, com penalidades e também punidas na esfera moral.

É necessário que cada ser humano tenha capacidade racional para saber que a prática discriminatória é inaceitável. A partir do momento que eventualmente

qualquer pessoa se deparar com qualquer tipo de prática, ação ou conduta, é importante que não seja omisso e nem hesite em buscar meios de banir, de evitar, até mesmo de aconselhar e amparar a vítima para buscar ajuda, para lutar pelos seus direitos, pra denunciar, enfim, para que a discriminação racial não se reproduza de modo desenfreado e natural dentro da sociedade. A discriminação racial em suas múltiplas manifestações contrapõe a ideia contida nos preceitos jurídicos, no âmbito social e no próprio trato humano, um com o outro e com a essência de alteridade e respeito com outrem.

3 AS FACES DA DISCRIMINAÇÃO RACIAL NA CONTEMPORANEIDADE E OS MEIOS DE RUPTURA NO CICLO DISCRIMINATÓRIO

Para Beurlen et al (2020) não ser racista e não praticar a discriminação impõe uma conduta ativa ao indivíduo que seja capaz de promover uma mudança de reparada na estrutura desigual, além de lutar para manter e assegurar condições de real igualdade.

Batista (2018) pontua que é importante as pessoas conhecerem o que é discriminação racial e o modo dela se propagar dentro da sociedade, pois conhecer permite romper o ciclo da discriminação e faz pensar em meios eficientes para sua mitigação.

Nesse sentido, Schucman (2010) salienta que a maior quantidade de casos de discriminação ocorre acerca da raça ou da cor, e em razão dessa discriminação racial é necessário repensar e implementar políticas públicas. Um meio de corromper este ciclo ocorre por meio das iniciativas públicas, em vista disso, as ações afirmativas como as cotas, cumprem o papel e o objetivo de forma estrategicamente dupla, pois elas têm a função de compensar e reparar as desigualdades de acesso aos bens públicos e também tem a função de favorecer o processo da construção da identidade racial dos negros.

Sob a perspectiva de Oliveira (2004) as cotas não devem ser vistas apenas como uma ferramenta de inclusão social, mas sim, como uma medida capaz de provocar mudanças de atitudes das pessoas, instigando para que elas se tornem mais críticas quanto à discriminação, estimulando efetivamente maior preocupação, alteridade e respeito aos direitos de cidadania dos negros, gerando possibilidades de alavancar e proporcionar a participação destes na renda e na vida pública. Assim, todos contribuindo para rearticular a sociedade e inibir práticas inaceitáveis como a discriminação racial.

Santos (2010) defende

> [...] serem as ações afirmativas raciais importantes políticas públicas no combate a desigualdade, na medida em que se faz necessária a aceleração dos processos de ascensão social e econômica de afrodescendentes (fenotipicamente assim entendido) e dos indígenas, para que a população em geral não mais estranhe um negro ou um indígena ocupando postos de destaque na sociedade (fora do mundo dos esportes e das artes), o que também propiciará, pelo exemplo, elevação da autoestima dos componentes de tais segmentos raciais, mormente as crianças e adolescente. (SANTOS, 2010, p. 45).

Deste modo, é importante que as ações afirmativas sejam vistas por um prisma distinto, não sob a ótica de um benefício ou algo injusto, pois elas cumprem o papel e se fazem necessárias frente a situações de injustiças e direitos forjados e que não foram assegurados.

Destarte, Guimaraes (1999) ressalta que outras medidas podem ajudar frear a discriminação racial. Medidas de antirracismo devem ser explicitadas e compreendidas por todos, sendo introduzidas nas políticas educacionais dos governos e fortalecendo as instituições para que possam combater a discriminação racial.

Sen (2015) salienta que a compartimentação, o tratamento desigual ou a discriminação contra membros de outras características é comum em meio à sociedade, porém é preciso coibir a categorização que leva a discriminação racial com o uso da reflexão, compreendendo a pluralidade da nossa nação a fim de buscar a paz, proporcionar diálogo entre a civilização, e proporcionar que todas as vozes sejam verbalizadas, pois as sociedades democráticas não devem abafar as vozes e dar vez a invisibilidade.

A sociedade precisa se sensibilizar, inverter a situação atual aos poucos, convertendo o cenário para uma nova realidade, mais adaptada, conciliando o respeito e a alteridade ao multiculturalismo existente, ter mais humanidade com o próximo com ênfase nos princípios da dignidade e da cidadania que são importantes para cada ser humano. Ainda, é relevante que cada um não se cale diante de situações vivenciadas e práticas que fragilizam ou agridem outros seres humanos como a discriminação racial. É preciso ativismo de cada um para permitir que as vozes não sejam invalidadas ou silenciadas, é necessário empatia e ações que refletem em condutas transformadoras para aos poucos mudar o lugar em que vivemos, depois um número maior de pessoas, e quando nos dermos por conta, essas atitudes repercutiram uma sociedade inteira.

Nesse diapasão, Francisco Junior (2008) acredita que possibilitar a introdução de temas relacionados ao racismo nas salas de aula é um caminho pra possibilitar mudanças, porém, não é uma tarefa fácil. A priori, o educador, o docente deve estar convicto de suas opiniões e posições além de bem fundamentado teoricamente a respeito da problemática que envolve as práticas de discriminação racial, as consequências e as verdadeiras desigualdades sociais. Devendo ainda ter a sensibilidade de reconhecimento do problema e a responsabilidade de forma séria e justa para tratar de um tema amplo, complexo e ao mesmo tempo frágil. A partir do momento que os estudantes tiverem contato com discussões que envolvem situações e temas a respeito da compreensão do racismo, do preconceito e das práticas ofensivas, criarão e fortalecerão um senso crítico, sendo capazes de analisar situações que antes passavam despercebidas e com isso, banindo a propagação da prática de discriminação racial dentro da sociedade.

Desse modo, Lima (2011) enfatiza que diagnosticar e reconhecer a existência da discriminação racial é imprescindivelmente um meio de organizar políticas em leis que irão favorecer medidas para minimizar e evitar a discriminação. Uma lei sozinha jamais terá capacidade de extirpar um problema tão sério e que se encontra impregnado e enraizado dentro da sociedade. Evitar práticas de discriminação racial requer conscientização das pessoas, colocando em prática ações afirmativas em favor dos negros e elevar a igualdade em um patamar distinto do atual, para isso, é necessário esclarecer a população por meio da educação que promoverá mudanças na sociedade e abrirá a visão das pessoas com vista para um novo olhar, mais humanizado e de modo geral mais positivo.

Assim, falar sobre discriminação racial e todos os seus impactos deveria começar na sala de aula, por meio da educação das crianças e assim consecutivamente. A tarefa de educar uma geração voltada para a humanidade, para a alteridade e respeito com o próximo, gera cidadãos sensibilizados e humanizados, pois cor e raça não são sinônimas e parâmetros e nunca deveriam ser motivos para ensejar práticas discriminatórias.

Hering (2012) considera que o Brasil passou por mudanças nos últimos tempos ao que tange o tema relacionado a relações raciais, porém ao aspecto relacionado à democracia racial, a inclusão de debates sobre racismo esta aquém do que se espera de uma sociedade contemporânea. A discriminação ainda é crescente e o quadro não está estável e nem equilibrado, contudo, a autora acredita que o país está engatinhando em relação à preocupação de torná-lo mais justo.

Ainda, a autora supramencionada relata que é difícil perceber que as pessoas possuam seriamente um compromisso com a diminuição tanto da desigualdade como da discriminação racial, sendo necessário transformações e adoção de medidas específicas para mudar a realidade, acreditando, portanto que essa mudança se perfectibilizará e trará benefícios para a população, de modo geral para a afro-brasileira, por meio de ações afirmativas, debate público e políticas educacionais que visem buscar e promover uma sociedade mais justa e igualitária.

Para Pinto e Costa (2014) questão que envolve a discriminação racial e a exposição de desvalorização dos indivíduos causam efeitos múltiplos de insegurança, angústia, dor, negação da própria natureza, enfim, uma série de outros fatores que deixam marcas profundas e negativas na psique. A temática que trata estudos que envolvam o enfrentamento e a superação da desigualdade e da discriminação racial são pouco exploradas no país, na mesma linha, essa temática constitui uma contribuição valiosa para a população no geral, mas de modo peculiar para a negra, a fim de buscar a afirmação de uma identidade positiva e o respeito.

Para os autores mencionados, essa busca por um modo de efetivar e promover essa almejada transformação se traduz em um desafio amplo e necessário, tendo como ponto indiscutível e crucial a promoção de espaços de discussões, reflexões e ações que tenham como essência condenar a discriminação racial e maximizar sua extirpação das relações humanas e cotidianas. A discriminação racial existe e deve ser imprescindivelmente enfrentada e eliminada dentro da sociedade, além de criar estratégias, ações e conhecimento acerca da discriminação e o impacto nos indivíduos afetados, esse enfrentamento é primordial para oportunizar a construção de uma sociedade equânime e que se paute no respeito à dignidade da pessoa humana e da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem visto a discriminação racial causa malefícios não apenas para a sociedade, mas principalmente para a(s) vítima(s) afetada(s) com tal conduta. De modo peculiar, a raça e a cor jamais deveriam ensejar motivos para críticas, rechaços ou quaisquer práticas de discriminação.

Além da angústia, da baixa estima, dor, isolamento, ansiedade, problemas com depressão, muitas vezes vícios com drogas, a vítima da discriminação racial pode apresentar problemas psicológicos, e em casos mais extremos pode chegar a cometer o suicídio.

Combater a prática da discriminação racial não é algo impossível, porém bem desafiador. Além de ações afirmativas, debates, estratégias, ações educacionais, políticas públicas, entre outras ferramentas capazes de proporcionar uma transformação na capacidade racional dos indivíduos e sensibilizar uma mudança de postura, é necessário repensar, reavaliar todas essa conjuntura de medidas e ter uma visão prospectiva em relação a essa questão, compreendendo o futuro a partir da dinâmica de todas essas medidas, bem como a interação entre os fatores sociais, em específico, a mudança efetiva em relação ao compromisso de minimizar as práticas discriminatórias.

Todos os indivíduos da sociedade devem ter um compromisso efetivo com o intuito de minimizar os impactos da discriminação racial, e isso só acontece a partir do momento em que cada um compreender toda a dimensão da prática e todos os impactos, para então poder mitigá-lo, e aos poucos mudar a realidade dura, nua e crua que muitos indivíduos sofrem diariamente.

É necessário reivindicação e reconhecimento dos direitos previamente reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos humanos, na Constituição Federal Brasileira de 1988, bem como nas demais leis e decretos nacionais. A partir do momento que as pessoas se sensibilizarem, poderão criar consciência do impacto destrutivo desta conduta, e consequentemente mudar o modo de agir e pensar, permitindo a legitimação dos direitos humanos, a melhoria da condição humana, da cidadania, maximizando o respeito ao próximo, a alteridade e resgatando os valores da igualdade, liberdade e fraternidade, oportunizando a construção de uma sociedade mais justa, igualitária, equânime e humanizada.

REFERÊNCIAS

BRASIL**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 14 jul. 2020.

BRASIL. LEI nº **12.288, DE 20 DE JULHO DE 2010.** Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nºs 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm. Acesso em 12 ago. 2020.

BRASIL. **DECRETO nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.** Promulga a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html. Acesso em: 24 ago. 2020.

BEURLEN, Alexandra; BARROS, Arísia. **Sou racista? Racismo não permite respostas simples**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-ago-10/mp-debate-sou-racista-racismo-n-permite-respostas-simples. Acesso em 12 ago. 2020.

BATISTA, Waleska Miguel. **A inferiorizarão dos negros a partir do racismo estrutural**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662018000402581. Acesso em 13 ago. 2020

BEZERRA, Juliana. **Preconceito, racismo e discriminação**. Disponível em: https://www.diferenca.com/preconceito-racismo-e-discriminacao/. Acesso em 12 ago. 2020.

CAMPOS, Luiz Augusto. **Racismo em três dimensões**: Uma abordagem realista-crítica. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n95/0102-6909-rbcsoc-3295072017.pdf. Acesso em 13 ago. 2020.

CANOFRE, Fernanda. **Entregador é chamado de lixo e é alvo de racismo em São Paulo**. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/08/entregador-e-chamado-de-lixo-e-sofre-racismo-de-cliente-no-interior-de-sao-paulo.shtml. Acesso em 13 ago. 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por. Acesso em 12 ago. 2020.

FRANCISCO JUNIOR, Wilmo Ernesto. **Educação anti-racista**: reflexões e contribuições possíveis do ensino de ciências e de alguns pensadores. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1516-73132008000300003&script=sci_arttext&tlng=pt. Acesso em 13 ago. 2020.

GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. **Combatendo o racismo**: Brasil, África do Sul e Estados Unidos. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69091999000100006&lng=pt&nrm=iso. Aceso em 13 ago. 2020.

HERINGER, Rosana. **Desigualdades raciais no Brasil**: Síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000700007. Acesso em: 24 ago. 2020.
LIMA, Jhéssica Luara Alves de. Direitos humanos e discriminação racial. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-humanos-e-discriminacao-racial/#:~:text=O%20ato%20de%20discriminar%20agride,com%20um%20cunho%20eminentemente%20racista. Acesso em 12 ago. 2020.

LONDRES, Mariana; AGUIAR, Plínio. Cidadania repudia sentença racista de juíza de Curitiba. Disponível em: https://noticias.r7.com/prisma/r7-planalto/cidadania-repudia-sentenca-racista-de-juiza-de-curitiba-12082020. Acesso em 13 ago. 2020.

MACHADO, Fernando Luis. **Os novos nomes do racismo**: especificação ou inflamação conceptual?. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0873-65292000000200002. Acesso em 12 ago. 2020.

NETO, Paulo Roberto. **CNJ abre procedimento contra juíza que disse que homem negro era 'integrante de grupo criminosa em razão de sua raça'.** Disponível em: https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cnj-abre-procedimento-contra-juiza-que-disse-que-homem-negro-era-integrante-de-grupo-criminoso-em-razao-de-sua-raca/. Acesso em 13 ago. 2020.

OLIVEIRA, Luis R. Cardoso de. **Racismo, direitos e cidadania**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000100009. Acesso em 13 ago. 2020.

PAIXÃO, Maria Ritha. **Racismo estrutural, oque é?** Tipos, causas e história. Disponível em: https://conhecimentocientifico.r7.com/racismo-

estrutural/?utm_source=conhecimento&utm_medium=cpc&utm_campaign=maislidas. Acesso em 13 ago. 2020.

PINTO, Márcia Cristina Costa; FERREIRA, Ricardo Franklin. **Relações Raciais no Brasil e a construção da identidade da pessoa negra**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-89082014000200011. Acesso em 24 ago. 2020.

SANTOS, Christiano Jorge**. Crimes de preconceito e de discriminação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUCMAN, Lia Vainer. **Racismo e Antirracismo: a categoria raça em questão**. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2010000100005. Acesso em 12 ago. 2020.

SEN, Amartya. **Identidade e violência, a ilusão do destino**. 1. ed. São Paulo: Iluminuras: Itaú Cultural, 2015.

29

RECONHECIMENTO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PARA ENTREGADORES DE APLICATIVO: uma análise da decisão nº 1000963-33.2019.5.02.0005 do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região

Nicole Vicenzi Beutler[1]
Caroline Ceni[2]

RESUMO: A utilização de aplicativos de entrega e de carona ascenderam a discussão acerca da precarização do Direito do Trabalho àqueles que prestam seus serviços mediante contratação em plataformas digitais. Assim, o objetivo do presente estudo é analisar os requisitos da relação de emprego, contextualizar a alteração mercadológica proveniente da economia *on-demand* e a tendência dicotômica autonomia-subordinação, para, por fim, perscrutar recente decisão judicial do TRT/SP que reconheceu o vínculo empregatício de um entregador de aplicativo. Percebe-se, nesse sentido, uma falha na capacidade legal de interpretar as situações fáticas atuais, ante a insuficiência dos conceitos e requisitos da relação de emprego, sendo urgente sua evolução, de modo a englobar as modalidades laborais oriundas da modernização da prestação de serviços. O método utilizado foi o dedutivo, com pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Economia *On-Demand*. Precarização. Relação de Emprego. Trabalhador Autônomo.

---

[1] Graduanda do 10º período do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim; e-mail: nicovicenzi@gmail.com.
[1] Mestre em Direito. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Erechim. Advogada. E-mail: carolineceni@uricer.edu.br.

INTRODUÇÃO

É inequívoca a alteração do comportamento do mercado diante das inovações tecnológicas, pungentes no século XXI. A mecanização, a automação e a telemática são responsáveis pela flexibilização e a substituição da mão de obra humana. Como principal consequência desse fenômeno, vislumbra-se a precarização dos direitos trabalhistas e até mesmo a desconsideração de vínculos empregatícios, ante novas modalidades de prestação de serviço e a posterior inobservância de todos os requisitos da relação de emprego, quais sejam a pessoalidade, a onerosidade, a duração contínua ou não eventual e a subordinação.

Nesse sentido, o presente estudo visa analisar de que forma a alteração na dinâmica trabalhista foi capaz de afastar várias atividades laborais diante do não cumprimento dos requisitos, e, dessa forma, descaracterizar a possibilidade da incidência de direitos trabalhistas. Inicialmente, investigar-se-á o cenário legal brasileiro no que tange à relação de emprego e os elementos necessários para a sua configuração, erigindo o debate acerca da necessidade de evolução do conceito de subordinação, incapaz de abarcar novas formas de trabalho.

Em seguida, adentrar-se-á na formatação econômica oriunda da chamada 4º Revolução Industrial e nas formas de prestação de serviço contratado por aplicativos, analisando-se, de maneira conjunta, a dicotomia entre autonomia-dependência dos entregadores e motoristas de plataformas virtuais. Por fim, analisar-se-á recente decisão jurisprudencial, que julga um caso amoldado à discussão aqui proposta. O procedimento de pesquisa foi o documental bibliográfico, com método dedutivo.

1 A CARACTERIZAÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO: CONCEITOS E REQUISITOS

O conceito de relação de trabalho provém de premissas constitucionais[1], apoiadas na necessidade de proteção do trabalhador, ante a discrepância de acessibilidade entre as partes de um contrato de trabalho. Ao dispor sobre a competência da Justiça do Trabalho, a Constituição Federal evidencia que essa julgará as ações decorrentes de relações de trabalho. Quanto a relação de emprego, essa, se caracteriza como uma relação específica de trabalho subordinado, englobada pelo contexto do contrato de emprego.

A diferenciação entre os conceitos de relação de trabalho e emprego é pacífica, consistindo-se em gênero e espécie, respectivamente (LEITE, 2020). Assim, a relação de emprego é uma modalidade da relação de trabalho. Romar (2019), nesse sentido, evidencia a diferença entre a relação de trabalho e de emprego, como aquela representada pelo vínculo jurídico de prestação de serviços a outrem, e esta, como uma espécie de relação de trabalho, composta dos requisitos específicos e necessários para a sua configuração.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) apresenta, nos artigos 2º e 3º[2], os critérios para relação de emprego, quais sejam: a pessoalidade; a não eventualidade; a

---

1 Art. 114, inc. I, VI, VII e IX da CF/88 (com a redação dada pela EC45/04): "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei" (BRASIL, 1988).

2 "Art. 2º: Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. Art. 3º: Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário." (BRASIL, 1943).

onerosidade; e a subordinação. Assim, para que uma relação de trabalho se caracterize, de fato, como relação de emprego, é imprescindível que haja o cumprimento de todos os requisitos.

Quanto ao requisito da pessoalidade, esse é oriundo de interpretação do dispositivo constante no art. 3º da CLT, que refere que empregado é pessoa física. Assim, esse requisito pode dividir-se em dois, quais sejam, a necessidade do empregado ser pessoa física e de prestar serviços de forma personalíssima (RESENDE, 2020; DELGADO, 2017). A condição de ser pessoa física se justifica no fato do Direito do Trabalho, como instituto, visar a proteção dos direitos sociais, enunciados no art. 6º da CF/88[1], não assistindo, dessa forma, pessoas jurídicas.

Delgado (2017) traz importante diferenciação entre a obrigação de fazer contraída por pessoa física e jurídica: enquanto esta pode ser entendida como serviço, aquela é denotada pelo verbete trabalho, relacionado à pessoa natural. A pessoalidade complementa o elemento anterior, uma vez que o trabalho prestado por pessoa física não é suficiente para caracterizar uma relação de emprego. Pimenta (2018) esclarece que o contrato deve ser *intuitu personae*[2], feito em razão do empregado, infungível, vedada a substituição e a delegação a terceiros e herdeiros.

Quanto ao segundo requisito, da não eventualidade, eis que também está expresso no *caput* do art. 3º da CLT, esse conceito compreende a relação entre o empregado e o serviço prestado, de forma habitual, constante e regular (LEITE, 2020). Percebe-se, na doutrina, quatro teorias sobre o conceito de eventualidade: a teoria do evento; da descontinuidade; da finalidade do empreendimento; e da fixação jurídica.

A teoria do evento, entende que, em virtude de determinado e específico acontecimento ou fato, surge a necessidade de contratar serviços, somente para atividade definida, que uma vez finda, ocasiona o desligamento do trabalhador (DELGADO, 2017; NASCIMENTO, 2017a). Já a teoria da descontinuidade é caracterizada, prioritariamente, pela esporadicidade da prestação de serviços, pela fragmentação do trabalho "disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado" (DELGADO, 2017, p. 318).

A terceira, e mais aceita, teoria é pautada na finalidade do empreendimento ou empresa. Nessa corrente, é eventual todo o trabalho que seja diverso da finalidade da empresa, assim, seria trabalhador aquele que realiza atividades que estejam em conformidade com os fins da organização empresarial (DELGADO, 2017; NASCIMENTO, 2017a; NASCIMENTO, 2017b).

Já a teoria da fixação jurídica respalda-se na não fixação, pelo prestador de serviços, a uma fonte de trabalho, pensamento que coincide com a característica fundamental da eventualidade: a multiplicidade de destinatários dos serviços, sem fixar-se a nenhum deles (NASCIMENTO, 2017a). A relação entre empregado e empregador, para caracterização da não eventualidade, prolonga-se no tempo, gerando efeitos contínuos (ROMAR, 2019), o que justifica a proteção e o incentivo pelo Direito do Trabalho e complementa o viés sociojurídico do emprego como instituto e merecedor da proteção (DELGADO, 2017).

O terceiro requisito para a configuração de relação de emprego é a onerosidade, em vista da disposição constante no art. 3º da CLT 'mediante salário'. Dessa forma, é possível depreender que o "empregado tem que receber remuneração, seja salário fixo, comissões ou utilidades, cujo pagamento pode ser estabelecido por dia, hora ou mês"

---

[1] "Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (BRASIL, 1988).

[2] Tradução livre: 'em razão da pessoa'.

(LEITE, 2020, p. 186), assim é possível inferir que a onerosidade é englobada por mais elementos do que somente a percepção de salário.
Nascimento (2011a) esclarece que a razão da onerosidade ser requisito para configuração de relação de emprego é a alienação, isso porque o empregado pratica atividade em favor do empregador, cedendo o resultado em favor de remuneração. Delgado (2017, p. 321), por sua vez, justifica a necessidade do requisito em vista do fundo econômico da relação:

> Por intermédio dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual (DELGADO, 2017, p. 321).

Essa visão reforça, da mesma forma, o caráter social do trabalho e explica a razão de ser objeto de proteções e salvaguardas. A subordinação é o último requisito do vínculo empregatício e é decorrente da dependência prevista no art. 3º da CLT. A doutrina aponta o conceito de subordinação jurídica do empregado pelo empregador, haja vista que:

> [...] o empregado transfere ao empregador o poder de direção e este assume os riscos da atividade econômica, passando a estabelecer os contornos da organização do trabalho do empregado (poder de organização), a fiscalizar o cumprimento pelo empregado das ordens dadas no exercício do poder de organização (poder de controle), podendo, em caso de descumprimento pelo empregado das determinações, impor-lhe as sanções previstas no ordenamento jurídico (poder disciplinar) (ROMAR, 2018, p.121).

A subordinação é a principal distinção entre a relação de emprego e o trabalho autônomo, ou seja, é requisito determinante para a definição da relação (DELGADO, 2017; LEITE, 2020). Não obstante ser uma das justificativas da subordinação, a dependência econômica do trabalhador, não é determinante na configuração daquela. Nascimento (2011b, p. 381), exemplifica que "há pessoas que não sendo empregadas ocupam uma posição na empresa quase da mesma natureza de trabalhadores subordinados", referindo-se aos prestadores de serviço autônomos, cuja natureza da relação segue semelhantemente os parâmetros de uma relação de emprego. Referido autor, retro mencionado, destaca que há uma

> [...] insuficiência da concepção binária autonomia-subordinação para abranger toda a multiplicidade de situações que se desenvolvem na sociedade pós-industrial e a nova tipologia de contratos de trabalho que não se enquadram rigorosamente nem como autônomos nem como subordinados, o que levou os debates para a análise da necessidade, no direito do trabalho, de uma construção teórica de classificação com três, e não mais duas, dimensões, de binária — autonomia-subordinação — para tricotômica ou trinária (NASCIMENTO, 2011b, p. 381).

Em outras palavras, a incapacidade do conceito de subordinação distinguir as relações empregatícias e autônomas, ante as diversas formas de prestação de serviço, mostra a necessidade de evolução do conceito, impondo uma terceira modalidade, intermediária entre as anteriores, qual seja, a parassubordinação. A doutrina se manifesta largamente no sentido da imprescindibilidade de evolução do requisito da subordinação, sob o risco de que o Direito do Trabalho não acompanhe as novas modalidades de relação de trabalho e perca seu campo de atuação e, até mesmo, na possibilidade de "desaparecer no cenário das ciências jurídicas" (LEITE, 2020, p. 189).

Para Robortella (1989) o Direito do Trabalho deve evoluir seus conceitos na tentativa de manter a proteção típica do instituto, uma vez que as alterações mercadológicas – as quais abordar-se-á no item a seguir – afastam a subordinação clássica, pelo que emerge o trabalho subordinado precário, em regra desassistido. Destarte, o conceito de subordinação jurídica inibe referida proteção, sendo oportuna a ampliação objetiva e subjetiva dos dogmas, a fim de alcançar "eventuais, autônomos, avulsos e outros prestadores de serviço, a partir do critério da necessidade de tutela" (LEITE, 2020, p. 190).

Assim, evidente a pertinência de melhoria nos dogmas utilizados pelo Direito do Trabalho, no que tange à subordinação e sua incapacidade de contemplar atividades que merecem amparo legal. Salienta-se, por fim, o surgimento de inúmeras relações trabalhistas, decorrentes da modernização de oferta e de procura do mercado – a chamada economia *on-demand*, que revestem-se de autonomia, mas, como ver-se-à a seguir, configuram-se essencialmente como relações de emprego.

2 ECONOMIA *ON-DEMAND* E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

O recente conceito da 4ª Revolução Industrial, ou de Revolução 4.0, representa o uso massivo de tecnologia, automação e interconexão na produção industrial e na oferta de bens e serviços (PASQUALOTTO; BUBLITZ, 2017). Nesse norte, é incontroversa a alteração das relações de trabalho. A tecnologia e a automação substituem o trabalho humano, principalmente "aqueles que envolvem o trabalho mecânico repetitivo e manual de precisão" (SCHWAB, 2016, p. 9).

A diminuição de custos é a principal razão da automação substituir a mão de obra humana. Assim, a estrutura empresarial torna-se mais enxuta, descentralizada, e contrata somente os empregados imprescindíveis para o seu funcionamento (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019). Como ápice da descentralização, verifica-se que há alta "especialização em determinado fornecimento de serviço seja o principal objetivo empresarial" (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019, p. 63), tais produtos ou serviços passam, então, a serem distribuídos por "empresas de tecnologia que ligam consumidores e empresas a prestadores de serviço através de portais na Internet" (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019, p. 64).

A consequência da flexibilidade das relações comerciais, principalmente do uso de plataformas digitais para a contratação de serviços, é percebida na precarização do trabalho. Esse fenômeno é caracterizado pelo "tipo de emprego incerto, com alto nível de imprevisibilidade e com considerável grau de risco do ponto de vista do trabalhador" (MORAES; OLIEVIRA; ACCORSI, 2019, p. 11). Complementam esse entendimento Martins e Miranda (2017, p. 10), que esclarecem como prejuízos da precarização do trabalho

> [...] o processo de desconstrução salarial; a gradual perda de direitos trabalhistas; a globalização como fator de regularização da força de trabalho como mercadoria; a desregulamentação da jornada de trabalho e a instauração de novos modos da remuneração flexível.

Concomitantemente, vê-se a ascensão de serviços ofertados virtualmente. Quanto à representatividade das plataformas digitais, intermediárias das relações mercadológicas, Moreira (2019) relaciona sua utilização à perda do protagonismo do exercício do trabalho. Sobre o assunto, é necessário introduzir o contexto de *on-demand economy*[1], utilizado para configurar essa formatação de mercado, marcado

[1] Economia sob demanda" tradução livre.

pela "liberdade das partes envolvidas em contratar, sem a presença, *prima facie*[1], do exercício de qualquer poder diretivo sobre a prestação de serviços" (MOREIRA, 2019, p. 3). Nesse sentido, apesar de inicialmente não ser percebida a subordinação, esse requisito é visualizado em peculiaridades da relação, como será demonstrado adiante. Antes, porém, cumpre explicitar a diferenciação entre duas grandes modalidades de utilização da tecnologia na relação comercial. A primeira forma consiste na disposição de bens privados ociosos a terceiros – carros, quartos, cozinhas, nesses casos, o negócio baseia-se na "coisa propriamente dita, sendo a prestação do serviço por parte do proprietário uma questão acessória e, portanto, à margem do Direito do Trabalho" (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019, p. 65).

A segunda modalidade sustenta-se na "prestação de um serviço, tradicionalmente realizado por um trabalhador, cuja chamada é descentralizada, [...] em uma estrutura mercadológica preestabelecida" (RIEMENSCHNEIDER; MUCELIN, 2019, p. 65). Percebe-se, portanto, que o aplicativo ou plataforma age como terceiro ente na relação, entre o prestador de serviço e o consumidor. Odolí (2015, p. 6) manifesta-se nos mesmos termos, e propõe que as plataformas são como terceiro ente nas relações comerciais, como um intermediador invisível, apoiado, no entanto, na diminuição dos direitos dos prestadores de serviços, pois

> [...] *estas plataformas virtuais criam uma infraestrutura invisível que conecta oferta e demanda, facilitando a interação dos prestadores de serviços e dos que necessitam de um. Porém, estas plataformas não conseguem seu êxito do nada, mas de seu triunfo em aproveitar uma legislação menos protetora dos autônomos e uma liberdade de fixação de preços – abaixo da média – que não existe quando se está no campo de proteção laboral. Com efeito, uma empresa tradicional não vai competir com uma empresa que presta todos os seus serviços mediante autônomos, uma vez que a legislação impõe um salário mínimo para aqueles, mas não existe retribuição mínima para os autônomos*[2] (ODOLÍ, 2015, p. 6).

Posto o formato de interação entre o prestador de serviço e a intermediadora, exsurge a discussão acerca da eventual existência de subordinação. O conceito de subordinação jurídica não se aplica plenamente no cenário organizacional do trabalho, uma vez que grande parte das atividades provenientes das novas formas de ofertas de bens e serviços são diferentes das que delimitavam o cenário quando abordadas pelo legislador.

Novas maneiras de subordinação, pautadas em maior autonomia do empregado não são capazes de descaracterizar as relações de emprego (NUNES; GONÇALVES; SOUZA, 2018). O requisito de subordinação, como estudado no item anterior, decorre do termo dependência, disposto no art. 3º da CLT, no entanto, a autonomia de meios de prestação do serviço não dissolve a subordinação.

No contexto do trabalho contratado por aplicativo, cujos comandos são decididos por algoritmos, pode-se dizer que há uma nova forma de subordinação. Riemenschneider e Mucelin (2019) propõem que a submissão do trabalho a uma plataforma virtual,

---

[1] "A princípio" tradução livre.

[2] Tradução livre do seguinte trecho em espanhol: "*estas plataformas virtuales, crean una infraestructura invisible que conecta oferta y demanda, facilitando la interacción de los prestadores de servicios y aquellos que necesitan de uno. Sin embargo, estas plataformas no consiguen su éxito de la nada, sino que su triunfo pasa por aprovechar una legislación menos protectora de los autónomos y una libertad de fijación de precios -subasta a la baja- que no existe cuando se está en el campo de protección laboral - SMI-. En efecto, una empresa tradicional no va a poder competir con una empresa que provee todos sus servicios mediante autónomos, dado que la legislación impone un salario mínimo para los primeros, pero no existe retribución mínima alguna para los autónomos*" (ODOLÍ, 2015, p. 6).

seguindo os requisitos de admissão e atendendo aos consumidores indicados é suficiente para percepção da subordinação.
Dessa forma, mesmo inexistindo a figura de um cargo ou direção responsável por comandar os empregados, o algoritmo define o serviço a ser prestado e quando o entregador ou motorista segue o indicado, configura-se a subordinação:

> Os trabalhadores não devem seguir mais ordens, mas sim a "regras do programa". Uma vez programados, na prática os trabalhadores não agem livremente, mas exprimem "reações esperadas". O algoritmo, cujos ingredientes podem ser modificados a cada momento pela sua reprogramação [...], garante que os resultados finais esperados [...] sejam alcançados, sem necessidade de dar ordens diretas àqueles que realizam o trabalho (LEMES; RODRIGUES; CHAVES JÚNIOR, 2017, p. 15).

Assim, o ato do motorista ou entregador colocar-se à disposição e seguir os ordenamentos da plataforma ou aceitar o serviço indicado, é suficiente para a configuração da subordinação. Ademais, ressalta-se um último ponto a ser considerado na configuração da subordinação, que é a avaliação da realização dos objetivos" (LEMES; RODRIGUES e CHAVES JÚNIOR, 2017, p. 15).

A atribuição de notas serve unicamente como controle de qualidade dos serviços prestados, não sendo possível, por exemplo, nas relações objeto do presente estudo, escolher o motorista ou o entregador por sua nota, sendo a avaliação útil somente para a plataforma, numa forma de controle de qualidade. Mesmo assim, o prestador de serviço atua de modo a manter seu bom status para manutenção do vínculo com o aplicativo (LEMES; RODRIGUES e CHAVES JÚNIOR, 2017).

Apesar disso, em regra, o prestador de serviço atua desassistido de qualquer garantia trabalhista, típica de uma relação de emprego, não obstante perceba-se uma conotação de subordinação, explicitada anteriormente, uma vez que atua como trabalhador autônomo. Isso posto, cumpre analisar de que forma a jurisprudência trabalhista atual, diante de caso que se enquadra nas características enunciadas nesse capítulo, percebeu a relação entre motofretista e aplicativo de entregas.

3 ANÁLISE DA DECISÃO Nº 1000963-33.2019.5.02.0005 E A CARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

A partir da compreensão dos requisitos necessários para configuração da relação de emprego, bem como da insuficiência desses conceitos diante da inovação das relações trabalhistas oriundas do serviço *on-demand*, cumpre analisar recente decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, que reconheceu a existência de vínculo empregatício com entregador de aplicativo.

A situação em análise se refere ao pedido de entregador do aplicativo Rappi que requereu o reconhecimento do vínculo empregatício, alegando o preenchimento de todos os requisitos da relação de emprego, quais sejam a pessoalidade, a não eventualidade, a onerosidade e a subordinação, centrando-se a lide neste último requisito. Contudo, relevante referir de que forma os demais requisitos foram analisados no caso concreto e compará-los com os parâmetros expostos anteriormente.

Em relação à pessoalidade, a plataforma Rappi alegou, na tentativa de afastar o preenchimento do requisito mediante não necessidade de prestação do serviço por pessoa específica, que qualquer empregador poderia realizar as entregas, no entanto, em vista da inexistência de provas da possibilidade de ser substituído – uma faculdade do autônomo a pessoalidade foi caracterizada na sentença, nesses termos, e foi

reiterada pelo acórdão (BRASIL, 2020).

Para analisar o requisito da não eventualidade, o juízo, em segundo grau, ponderou quatro correntes doutrinárias – já analisadas na primeira parte do presente estudo. A teoria acolhida pelo Tribunal foi a Teoria da Finalidade da Empresa. Assim, entendeu-se a comprovação da imprescindibilidade da figura do entregador na persecução das atividades da empresa – compra e entrega de produtos – inexequíveis sem a atividade do motoboy, restou atendido também este requisito, em conformidade com o constante na decisão de 1º grau (BRASIL, 2020).

O requisito da onerosidade restou assinalado, uma vez que o labor não era exercido a título gratuito, mas mediante pagamento, pagos diretamente pelos consumidores, mediante taxa de entrega e eventuais gorjetas (BRASIL, 2020). E, compreendeu-se que, o fato da origem da remuneração não partir do aplicativo, mas sim partir dos consumidores, não é uma condição que afaste o preenchimento do requisito, repisado o entendimento do 1º grau.

Por fim, em vista da autonomia do reclamante em definir seus horários e dias trabalhados, bem como da faculdade em recusar o pedido de entrega, restou afastada a subordinação, pelo que, apesar de presentes os demais requisitos na relação, não são suficientes para configurar o vínculo empregatício, sendo o pedido improcedente (BRASIL, 2020).

Irresignado o Reclamante apelou, requerendo o reconhecimento da subordinação, apoiado na *on-demand economy e* nos conceitos de economia 4.0, responsáveis por alterar a dinâmica de prestação de serviços (BRASIL, 2020) e, remodelar, as novas formatações de relação de emprego. Em sede de apelação, verificou-se a dicotomia autonomia-subordinação, conceitos já abordados neste estudo e imprescindíveis para a compreensão da situação percebida entre entregador e aplicativo.

Em relação a autonomia alegada pela reclamada, foi afastada em vista da plataforma de pedidos e entregas definir o meio de entrega, o valor e o tempo da operação, além de utilizar algoritmos para direcionar o cliente ao entregador. Como visto anteriormente, os formatos típicos de prestação de serviço por aplicativo – caracterizados prioritariamente pela prestação de serviços de entregadores e motoboys – revelam que a plataforma deixa de ser intermediadora e comanda a prestação dos trabalhadores (BRASIL, 2020).

Outrossim, a classificação dos entregadores, de acordo com a assiduidade, número de entregas, de dias trabalhados e recusa de pedidos, reforça a subordinação, uma vez que restou comprovado no caso em tela que trabalhadores de níveis mais baixos recebiam menos por frete, com risco inclusive de bloqueio de prestar serviços (BRASIL, 2020). Nesse norte, mesmo que não houvesse contato humano e o controle fosse somente telemático, é suficiente para garantir a subordinação do trabalhador, como explicitado no acórdão:

> Na economia 4.0, a subordinação está na estruturação do algoritmo, meio telemático (art. 6º, CLT), que impõe ao trabalhador a forma de execução do serviço. Vale dizer, a ordem não advém de pessoa natural, tal qual no passado (gerente, supervisor, encarregado), mas da telemática, que por meio de seus complexos cálculos dirige como o serviço deve ser efetuado para o resultado mais eficiente, bem como precifica tal serviço (BRASIL, 2020, p. 18)

Ao reconhecer a subordinação entre o entregador e a plataforma, e ante a configuração dos demais requisitos para a configuração de vínculo empregatício, não coube outro entendimento senão tal reconhecimento e a consequente procedência da ação (BRASIL, 2020). Como consequência do reconhecimento do vínculo

empregatício, a reclamada foi condenada ao pagamento de décimo terceiro salário, férias e aviso prévio proporcionais ao tempo trabalhado, bem como a proceder a assinatura da CTPS (*BRASIL, 2020*).

A evolução mercadológica, nos termos anteriormente propostos, resultantes na alteração da forma como são prestados os serviços é, também, ponderada na decisão em apreço:

> O caso sob análise foge à tradicional correlação sócio-econômica empregador-empregado, de origem fabril, fonte sociológica da definição jurídica do vínculo empregatício, em especial, no que se refere à subordinação. Dadas às novas características de trabalho da era digital em que o empregado não está mais no estabelecimento do empregador, a clássica subordinação exercida pela direção direta do empregador, por intermédio de seus prepostos da cadeia hierárquica, é dissolvida (BRASIL, 2020, p. 18).

Conforme examinado, a decisão estudada vai ao encontro dos conceitos e necessidades cunhadas pelas novas formatações de relações trabalhistas. Esse julgado abre precedente para a regularização da situação trabalhista de milhares de prestadores de serviço que atuam nas mesmas condições das ora analisadas, e fazem jus aos mesmos direitos trabalhistas concedidos ao reclamado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez postas as circunstâncias que delimitam as relações trabalhistas provenientes da economia 4.0 e da formatação de economia *on-demand*, caracterizadas, *a priori*, pela flexibilização e mesmo pela autonomia dos prestadores de serviço, percebe-se a necessidade de alteração legal dos conceitos de vínculo empregatício. Essa condição se dá, principalmente, em relação ao conceito de subordinação, ante sua incapacidade em acompanhar as novas modalidades trabalhistas.

Os requisitos da relação de emprego representam a intenção de proteção, pelo Estado, aos hipossuficientes. Combinados, a pessoalidade, a não-eventualidade, a onerosidade e a subordinação conseguem revestir os principais aspectos da relação, daí surge a relevância de cada um deles para perfazer a realidade laboral.

A evolução dos conceitos é necessária em vista da proteção trabalhista concedida aos sujeitos da relação, que em regra, dissimulados de autonomia, face a possibilidade de customização de seus dias e horários trabalhados, da possibilidade de recusar um pedido e da inexistência da figura de chefia ou direção, assemelham-se a qualquer regime trabalhista regular.

A decisão judicial analisada tem por objeto relação comum entre entregador e plataforma de aplicativo e, mediante a ponderação dos conceitos com o contexto que circunda a relação de emprego, por principal consequência, a criação de um precedente e a regularização de todas as relações trabalhistas semelhantes, extremamente importante para a manutenção dos direitos trabalhistas.

Por fim, é posta a ineficácia do conceito clássico de subordinação mediante os novos contextos laborais, que merecem ser igualmente protegidos pela legislação trabalhista. Dessa forma, percebe-se a necessidade de alteração legislativa a fim de acompanhar os avanços nas prestações de serviço e amparar o trabalhador, bem como concretização do Princípio da Proteção, princípio, esse, fundamente do Direito do Trabalho.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Sueli Angélica do. **Marketing da informação**: abordagem inovadora para entender o mercado e o negócio da informação. **Ciência da Informação**, Brasília, v. 40, n. 1, p. 85-98, jan./abr. 2011. Disponível em: http:www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-19652011000100007. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452**, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, 1943.

BRASIL. 2ª REGIÃO. Tribunal Regional do Trabalho. **Acórdão em Recurso Ordinário em Rito Sumaríssimo nº 1000963-33.2019.5.02.0005**. RAPPI BRASIL. SERVIÇO DE ENTREGAS. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO ENTRE OPERADORA DA PLATAFORMA E ENTREGADOR. Existe vínculo empregatício entre a operadora da plataforma virtual Rappi e os entregadores. Há pessoalidade, haja vista a necessidade da realização de cadastro pessoal e intransferível, não podendo o trabalhador substabelecer a execução do serviço (entrega) a outrem. Há onerosidade, porquanto a relação não se assenta na graciosidade, existindo entre as partes direitos e obrigações de cunho pecuniário. Não-eventualidade, há fixação jurídica do trabalhador perante a tomadora, com continuidade na prestação de serviços, o qual, por sua vez, é essencial ao desenvolvimento da atividade econômica vendida pela empresa (comércio e entrega de bens). Em relação à subordinação, na economia 4.0, "sob demanda", a subordinação se assenta na estruturação do algoritmo (meio telemático reconhecido como instrumento subordinante, consoante art. 6º, CLT), que sujeita o trabalhador à forma de execução do serviço, especificamente, no caso da Rappi, impondo o tempo de realização da entrega, o preço do serviço, a classificação do entregador, o que repercute na divisão dos pedidos entre os trabalhadores. Presentes os requisitos da relação jurídica empregatícia. Recurso autoral provido. Relator: Francisco Ferreira Jorge Neto. São Paulo/SP. 05 mar. 2020. Publicado em 11 mar. 2020. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/10009633320195020005. Acesso em: 28 ago. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Ana Christina Tavares; MIRANDA, Maria Geralda de. **Capital Social, Precarização e Uberização do Trabalho**. **LexCult**. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 93-108, set./dez. 2017.

MOREIRA, Allan Gomes. **Tecnologia, Precarização e o Papel do Direito do Trabalho**. **Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**. Belém, v. 5, n. 2, p. 55-75, jul./dez.2019. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/339456157_TECNOLOGIA_PRECARIZACAO_E_O_PAPEL_DO_DIREITO_DO_TRABALHO Acesso em: 30 ago. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011a.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011b.

ODOLI, Adrián Signes et al. O Mercado de Trabalho no Século XXI: on-demand economy, crowdsourcing e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: Ltr, 2017. p. 28-43.

PIMENTA, Adriana Calvo. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2018.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIEMENSCHNEIDER, Patrícia Strauss; MUCELIN, Guilherme Antônio Malczarek. **Economia do compartilhamento:** a lógica algorítmica das plataformas virtuais e a necessidade de proteção da pessoa nas atuais relações de trabalho. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n.1, p. 61-93, abr. 2019.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Sujeitos da relação de emprego – empregado**: espécies. São Paulo: LTr, 1998.

ROMAR, Carla Teresa Martins, **Direito do Trabalho Esquematizado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

30
RECUPERAÇÃO JUDICIAL: ASPECTOS HISTÓRICOS, LEGAIS E SUA APLICABILIDADE NO CENÁRIO PANDÊMICO PROVOCADO PELA COVID-19

Gilmar Bianchi[1]
Laura Dill[2]

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo explorar a Lei de Falências e Recuperação Judicial, instituída sob o nº 11.101/2005, tanto sob o prisma histórico, quanto sob a sua incidência na atualidade. A Lei de Falências e Recuperação Judicial, quando publicada ainda no ano de 2001, embora tenha representado um marco de inovação em matéria empresarial, não contava com a devastadora crise germinada pela pandemia provocada pela COVID-19. A nova realidade provocada pela pandemia, no que diz com o Direito Empresarial, desafia o Poder Judiciário com as novas situações ocasionadas com a crise, especialmente diante da ausência de pronunciamento legislativo sobre o tema. Nesse cenário, inobstante a instabilidade legislativa, pode-se concluir que a ferramenta jurídica é esperançosa, pois se mostra um importante mecanismo para tentativa de superação da crise econômica gerada.

Palavras-chave: Recuperação Judicial. Economia. Pandemia.

[1] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e atual professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Erechim (endereço eletrônico: gilmar.bianchi@hotmail.com)
[1] Graduanda do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Erechim (endereço eletrônico: laurinhadill@hotmail.com

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por objetivo explorar a Lei de Falências e Recuperação Judicial, instituída sob o nº 11.101/2005, tanto sob o prisma histórico, quanto sob a sua incidência na atualidade.

Esta Lei, editada sob a vigência da atual Constituição Federal, representou um marco para o Direito Empresarial, já que inaugurou o procedimento da recuperação judicial, até então inexistente no ordenamento jurídico pátrio.

Possui, inclusive, ampla aplicabilidade no Direito atual, razão pela qual não pode ser poupada de análise, em sede de debate acadêmico. Daí que é importante analisar, nesse sentido, o novel instituto da recuperação judicial à luz da situação emergencial provocada pela COVID-19.

Com efeito, cediço que a pandemia é, senão, um evento histórico, cujas proporções ultrapassam o contexto nacional, já que paralisou a economia grande parte da comunidade internacional.

No Brasil, tais foram as repercussões negativas na economia que foi necessário uma tomada de atividades e governança a nível federal, estadual e municipal, tudo em prol do contorno da surpreendente crise que assolou o país.

Nesse sentido é que se faz pertinente o presente trabalho, porquanto o instituto da recuperação judicial também entrou em discussão, seja pela necessidade de novas regulamentações sobre o tema, seja pela imprescindibilidade da Lei que a regulamenta.

1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

1.1 Breve apanhado histórico da regulamentação empresarial no Brasil

A necessidade de regulamentação da situação de insolvência do devedor perante seus credores é latente em qualquer comunidade mercantil. Isso porque o comércio, a exploração de riquezas e a oferta e procura de insumos força uma relação simbiótica entre os fornecedores e consumidores, uma vez que compõem um cenário de mutualidade existencial.

Nesse contexto, o ordenamento jurídico brasileiro buscou regulamentar a chamada *quebra* do comerciante desde o período colonial, a fim de que o procedimento a ser adotado fosse condizente com as práticas legais utilizadas à época.

Tanto é assim que as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, vigentes no Brasil até o ano de 1603, previam a hipótese de prisão do devedor até que houvesse o saldo de todo seu passivo, resguardada a possibilidade de cessão dos seus bens, tanto quanto fossem necessários à quitação das suas obrigações (SCALZINNI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 97).

Apenas em 1850 houve a promulgação de um Código Comercial Brasileiro, embora muito influenciado pela doutrina francesa – traduzida pela incidência do Código Comercial Napoleônico desde o ano de 1807 –, cujas disposições trataram de definir a postura jurídica aplicável à falência do devedor.

A partir das alterações do Código Comercial pátrio, especialmente em 1882, os primeiros contornos do instituto atual da recuperação judicial foram delineados, porquanto começaram a aparecer algumas das figuras dominantes na Lei atual, como por exemplo, a Assembleia-Geral de Credores, a moratória e até mesmo um rudimentar Administrador Judicial (SCALZINNI; SPINELLI; TELLECHEA, 2018, p. 103).

Adiante, no ano de 1943, à luz da depressão pós-Primeira Guerra Mundial e crise do liberalismo econômico, percebeu-se a necessidade de edição de uma nova lei falimentar, mormente diante da excessiva – e falha – liberdade concedida aos credores pelo Código Comercial e suas alterações.

Assim, foi no ano de 1945 que houve a publicação do Decreto-Lei nº 7.661, concebendo um modelo empresarial que refletia a era capitalista cravada na ordem econômica mundial (CRUZ, 2019, p. 717).

Entretanto, com o fenômeno da globalização e a eclosão de diversas novas formas de contratação e prestação de serviços, o Decreto-Lei passou a ficar obsoleto, já que não atendia às necessidades mais latentes de uma sociedade, agora, modernizada, que nada correspondia àquela que semeou a lavratura das suas disposições (FINKENSTEIN, 2016, p. 339).

Nessa contingência, a partir de 1993 começou a ser elaborada nova proposta de Lei falimentar, contexto que deu ensejo, em 2005, à publicação da Lei nº 11.101/05, cujas disposições vigoram até os dias de hoje.

1.2 Aspectos da Lei nº 11.101/05

A inovação trazida com a nova Lei de Falências é, certamente, o instituto da recuperação judicial. Pode-se dizer, inclusive, que o texto normativo, com essa nova ferramenta, aproximou-se da realidade fática vivenciada pelo empresário, porque o erro, o fracasso e o insucesso são temas que orbitam a atividade mercantil, levando-o aos delírios frente à condenação moral da insolvência (MAMEDE, 2020, p. 01).

Daí que prospera o princípio da preservação da empresa, um dos axiomas norteadores da referida Lei. Traduz-se pela necessidade, sempre que possível, de manutenção da atividade empresarial, notadamente pelo impacto social que gera, seja na constituição de empregos, seja na geração de riqueza e na movimentação produtiva, a fim de que seja mantido o equilíbrio econômico-social (CAMPINHO, 2018, p. 131).

A recuperação judicial, nessa esteira, compreende a oportunidade de o empresário reorganizar seu passivo e postular a aprovação judicial de um *plano* de pagamentos por ele desenvolvido, com o objetivo precípuo de superar sua situação econômico-financeira e retomar o desenvolvimento de suas atividades, privilegiando, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica (FINKELSTEIN, 2016, p. 391).

Sobre a matéria, vale lembrar ensinamento de Tarcísio Teixeira (2012, p. 05):

> A Lei n. 11.101/2005 tem uma abordagem peculiar quanto à crise que pode atingir uma atividade empresarial, tendo por escopo primordial a tentativa de sanar a crise econômico-financeira que acomete uma empresa, fornecendo para tanto mecanismos que podem ou não ser submetidos ao Poder Judiciário, por meio da recuperação judicial e da recuperação extrajudicial, além de outras negociações que podem ser feitas livremente pelas partes. Apenas em segundo plano a norma visa extinguir a atividade empresarial que não tenha condições de sobrevida.

Do ponto de vista teórico, também é possível relacionar a recuperação judicial com a teoria dos jogos, idealizada por matemáticos como John Von Neumann, já que as interações entre devedor e credores não passam, em última análise, de um utilitarismo pessoal.

A afirmação acima tem amparo na lição de Marlon Tomazzete (2019, p. 77), a saber:

> A grande ideia da recuperação é convencer os grupos de interesse de que os ganhos serão maiores no futuro com a manutenção da atividade. O empresário deverá convencer seus credores (fornecedores, empregados...) de que é melhor abrir mão de algo nesse momento, para posteriormente haver ganhos maiores. A decisão de cada jogador nesses casos dependerá diretamente do grau de informação que eles tenham sobre o jogo, para que possam tomar a decisão que seja a mais eficiente sob o seu ponto de vista. Cabe à legislação incentivar os jogadores para que eles tenham colaboração mútua e apoiem a melhor estratégia para todos.

Por isso que o deferimento da recuperação judicial está condicionado à aprovação do plano, que deverá estabelecer os meios que serão empregados pelo empresário para recuperar a empresa, conforme rol elencado na Lei (art. 50, Lei nº 11.101/05).

O fato de a Lei trazer o rol significa, mais uma vez, que esta confere ao empresário a oportunidade de se reestruturar, uma vez que lhe expõe os meios possíveis de retomada das atividades empresariais a partir da adoção de algumas medidas exemplificativas, podendo o devedor "*verificar o melhor meio para a superação de sua crise, conforme o ramo de sua atividade, natureza dos créditos, deficiência econômica apresentada na sua estrutura produtiva ou de prestação de serviços*" (SACRAMONE, 2018, p. 2019).

Aliás, não só a Lei traz os mecanismos para tentativa de superação da crise, como também tolera outras hipóteses não previstas. Ou seja, considerando que cada empresa enfrenta um cenário crítico diferente da outra, contando com ferramentas próprias de cada arranjo mercantil, a Lei mostra-se volátil, pois constrói um processo em que tudo é passível de negociações e reformulações (FAZZO JÚNIOR, 2019, p, 95).

Mas convém destacar que para que haja a aprovação do plano é necessário um quórum significativo de credores, que compreende maioria simples e mais da metade do valor dos créditos das classes I e II, além de maioria simples ou um terço dos credores trabalhistas (art. 45 c/c art. 58, ambos da Lei nº 11.101/05).

Destarte, em que pese a burocrática etapa de aprovação do plano de recuperação judicial, mister trazer à tona o contexto histórico que desencadeou na publicação da Lei.

Como visto alhures, foi a flagrante ineficácia do sistema liberalista econômico que consagrou a necessidade de intervenção estatal na economia e atividade empresarial.

Por essa razão, impende dizer que o alcance do quórum necessário à aprovação do plano não significa que este ficará perpetuado, conforme leciona Gladston Mamede (2020, p. 174):

> A recuperação judicial é um acordo coletivo, cabendo ao Judiciário controlar essa transação judicial coletiva e, enfim, homologá-la, se não há vícios, ou seja, se não atenta contra a Constituição da República, aos princípios jurídicos e às leis vigentes no país. Ainda que haja aprovação por ampla maioria ou, quiçá, aprovação pela unanimidade dos credores, faz-se possível um controle de constitucionalidade e legalidade que poderá fazer-se a partir da provocação de qualquer interessado, aí incluído o Ministério Público e até terceiros afetados pelas disposições, a exemplo da Fazenda Pública.

Indo além, outra novidade trazida pela Lei à luz do princípio da preservação da empresa é o chamado *stay period*, que significa a paralisação das ações e execuções ajuizadas em face do devedor pelo prazo improrrogável de 180 dias, a contar do deferimento do processamento (art. 6º, §4º, Lei nº 11.101/05).

Este prazo é extremamente importante para o procedimento da recuperação judicial, principalmente para que esta atinja o escopo máximo pretendido com a Lei,

quer seja, a superação da crise financeira e reestabelecimento da viabilidade econômica da empresa.

Isso porque a suspensão dos prazos inaugura um "ambiente institucional para a negociação entre credores e devedor" (SACRAMONE, 2018, p. 72), que juntos buscam a melhor alternativa para satisfação dos créditos dos primeiros frente às possibilidades enfraquecidas do segundo.

Sobre a matéria, vale transcrição de trecho do voto do Min. Ricardo Villas Bôas Cueva (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2019, p. 07):

> Essa pausa na perseguição individual dos créditos é fundamental para que se abra um espaço de negociação entre o devedor e seus credores, evitando que, diante da notícia do pedido de recuperação, se estabeleça uma verdadeira corrida entre os credores, cada qual tentando receber o máximo possível de seu crédito com o consequente perecimento dos ativos operacionais da empresa.

Na ocasião do julgado, ficou decidido pela Segunda Seção que o juízo da recuperação judicial, ao definir o *stay period* da empresa recuperanda, será prevento para decidir sobre eventuais atos expropriatórios das execuções fiscais – medida que ilustra, novamente, a importância dada ao princípio da preservação da empresa, norteador da Lei Especial.

Observa-se, neste quadrante, que não pode o instituto da recuperação judicial ser utilizado pelo empresário como meio de esquivar-se da pontualidade nas obrigações firmadas, quadro que ensejaria um perfeito desvio de finalidade da Lei (FAZZA JÚNIOR, 2019, p. 105).

Por fim, importante asseverar, conforme leciona Cruz (2019, p. 53), que a recuperação judicial não se confunde com o "direito de não falir".

Isso porque existem empresas que, dada a situação econômica vivenciada, fundamentalmente precisam cessar suas atividades, não podendo o Poder Judiciário abusar da hermenêutica do princípio da preservação da empresa, o que acarretaria na banalização do axioma.

Sem embargo, por esta razão que a não apresentação do plano de recuperação judicial pelo empresário no prazo legal ou a sua não aprovação pela Assembleia-Geral de Credores acarreta na convolação do pedido em falência (art. 73 Lei nº 11.101/05).

Consoante leciona Marcelo Barbosa Sacramone sobre o tema (2018, p. 300):

> O desenvolvimento de atividade inviável pelo empresário devedor exige, por seu turno, a imediata retirada do agente econômico, via decretação da falência. A empresa inviável não permite a manutenção dos empregados, o pagamento dos tributos, a satisfação de seus credores e a circulação de produtos ou serviços. Sua preservação sem o atendimento de sua função social apenas impõe ônus exacerbado aos credores, os quais suportariam, sem nenhuma contrapartida, os prejuízos advindos dessa inviabilidade. A empresa inviável deverá ser retirada imediatamente do mercado, sob pena de aumentar o risco do crédito e prejudicar os diversos agentes econômicos.

Por isso que a apresentação do plano de recuperação judicial no prazo legal de sessenta dias (art. 53, Lei nº 11.101/05) mostra-se fundamental para a persecução do escopo pretendido com a legislação.

De mais a mais, não se pode olvidar que o instituto da recuperação judicial se afigura como aliado aos empreendedores, na busca pela superação da crise econômica, com as melhores ferramentas para estabilização do binômio credor *versus* devedor.

1.3 Implicações provocadas pela pandemia provocada pela COVID-19

Cediço que, quando da edição de novas leis, o Congresso objetiva sua máxima aplicabilidade no contexto econômico e social a que é destinada. Esta é, senão, uma das mais nobres funções do Poder Legislativo, porque a adequação dos textos legais às realidades fáticas vivenciadas pelos cidadãos é um dos anseios do homem médio em relação a este órgão.

De toda sorte, a Lei de Falências e Recuperação Judicial, quando publicada ainda no ano de 2001, embora tenha representado um marco de inovação em matéria empresarial, como visto alhures, não contava com a devastadora crise germinada pela pandemia provocada pela COVID-19.

Ora, no ano de 2020, não somente foram experimentadas as tragédias de uma preocupação mundial, como também foi necessário que os governos federal, estadual e municipal acelerassem processos legislativos para editar novas normas e regulamentos para gerenciar as novas necessidades trazidas pela pandemia.

Nesse contexto, impossível que, no âmbito empresarial, a Lei 11.101/05 ficasse imune à situação emergencial. Até porque, como bem se sabe, toda e qualquer empresa é dotada de perfil funcional e corporativo com vistas à produção e circulação de insumos e consequente obtenção de lucro (COMETTI, 2019, p. 50). Ou seja, a atividade empresarial (assim como seus ativos e passivos) está diretamente relacionada com o contexto econômico vivenciado tanto pelos fornecedores quanto pelos consumidores.

A nova realidade provocada pela pandemia, no que diz com o Direito Empresarial, desafia o Poder Judiciário com as novas situações ocasionadas com a crise, especialmente diante da ausência de pronunciamento legislativo sobre o tema.

Sobre o tema, especialistas como Flávio Yarshell e Oreste Laspro (2020, s/p) sinalizam:

> Com efeito, embora o momento clame por segurança jurídica, mercê de decisões uniformes e estáveis, a eventual precipitação de órgãos superiores em fixar teses — antes que algum debate possa levar ao amadurecimento do problema e das soluções — pode também ser indesejável. De se lembrar que o sistema jurídico brasileiro, no que tange à interpretação da lei federal, sempre optou pela construção difusa e não concentrada baseado na crença de que o debate e o tempo de maturação são essenciais para a interpretação da norma. Ademais, sob certo ângulo, a potencial instabilidade pode funcionar como incentivo às soluções consensuais, diante dos riscos que a imprevisibilidade das decisões judiciais pode trazer.

Por essa trilha, em busca da aclamada segurança jurídica neste período historicamente instável, e a fim de evitar entendimentos jurisprudenciais precipitados, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020, cujo texto deverá ficar vigente enquanto durar o reconhecido Estado de Calamidade Pública (Decreto Legislativo nº 06/2020).

A Recomendação pretende que todos os juízos de falências e recuperação judicial adotem uma postura uniforme para mitigação dos efeitos provocados pela pandemia.

Nesse sentido, os magistrados deverão[1]: priorizar as decisões que envolvam créditos em favor das empresas recuperandas; prorrogar o *stay period* previsto pela Lei nº 11.101/05, já comentado alhures; autorizar a apresentação de novo plano pela empresa devedora, mesmo que o anterior já tenha sido aprovado pela Assembleia Geral de Credores; e analisar, com cautela e parcimônia, os pedidos liminares em relação a

[1] Conforme texto original da Recomendação nº 63/2020. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original220958202003315e83bfb650979.pdf Acessado em 12 ago. 2020.

ações de despejo e execução das empresas devedoras, diante da manutenção do Estado de calamidade pública.

No âmbito do Poder Legislativo também houve manifestação, porquanto a Câmara dos Deputados editou o Projeto de Lei nº 1.397/2020, cuja proposta já foi recebida pelo Senado Federal.

Entre outras medidas, o Projeto pretende conceder às pessoas jurídicas de direito privado, aos empresários individuais, produtores rurais e profissionais autônomos alguns benefícios para contornar a situação alarmante vivenciada pela comunidade brasileira, especialmente no que concerne à circulação de riquezas.

As principais novidades constam no chamado Sistema de Prevenção à Insolvência, que pretende, por exemplo, a suspensão, por pelo menos 30 dias, das execuções de obrigações com data vencida após 20 de março de 2020, além do afastamento da incidência das multas de mora em razão de obrigações tributárias (art. 3º, "caput" e I, "b", c/c art. 5º, ambos do PL 1.397/20).

Além disso, o Projeto pretende inaugurar a Negociação Preventiva, procedimento de jurisdição voluntária que pretende promover a renegociação das obrigações da empresa perante os credores, à luz dos efeitos econômicos gerados pela pandemia. Vale lembrar que para que a sociedade empresária tenha direito ao trâmite da Negociação Preventiva é necessário que comprove perda de pelo menos 30% do faturamento, se comparado ao exercício do trimestre anterior. (art. 6º, "caput" c/c IV, §2º, PL 1.397/20).

Outra medida interessante em matéria de recuperação judicial pretendida pelo Projeto, e que acompanha a Recomendação nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, é a possibilidade de apresentação de novo plano, independentemente da aprovação do original em juízo, bem como a inexigibilidade das obrigações previstas nele pelo prazo de 120 dias (art. 11 c/c art. 12, PL 1.397/20).

E mais, o descumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial não acarretará na convolação do pedido em falência, o que mitiga os efeitos da legislação vigente (art. 13, III, PL 1.397/20, c/c art. 73, IV, Lei nº 11.101/05).

Nesse lume, da simples análise do referido Projeto, pode-se concluir que, efetivamente, existe discussão acerca da necessidade de flexibilização das regras jurídicas da recuperação judicial, especialmente diante do cenário inesperado e avassalador da economia nacional.

1.4 Novas perspectivas

Com o avanço das medidas emergenciais instauradas pelo governo federal, especialmente no que tange às linhas de crédito facilitadas, diminuição das taxas de juros e períodos de carência diferenciados, muitos especialistas estão otimistas com uma próspera retomada do mercado no cenário pós-pandemia.

É o que se observa pela planilha gerada por pesquisas vinculadas ao Serasa Experian, demonstrando que, em que pese tenha havido uma diminuição alarmante da atividade econômica nos principais setores da economia no primeiro trimestre de 2020, a expectativa otimista vem retornando gradativamente para o cenário brasileiro:

Mês	Supermer ca-dos, Hipermer ca-dos, alimentos e bebidas	Móveis, eletrodom és-ticos, eletroeletr ô-nicos e informáti ca	Combustí-veis e lubrifican tes	Veículo s, motos e peças	Tecido, vestuári o, calçados e acessóri os	Mate -riais de cons-truçã o	Geral
Jan/20	-0,6%	-1,4%	0,9%	-2,3%	-3,3%	0,5%	-1,5%
Fev/20	-0,4%	-1,5%	-0,3%	0,5%	-1,0%	0,4%	-0,7%
Mar/20	-8,3%	-19,9%	-5,5%	-23,3$	-16,5%	-21,3%	-15,9%
Abr/20	-20,8%	-25,8%	-11,4%	-8,1%	-32,0%	-17,2%	-19,8%
Mai/20	5,4%	4,2%	-1,8%	-0,8%	-0,7%	3,4%	2,8%
Jun/20	3,1%	29,2%	21,6%	15,3%	24,5%	23,9%	16,5%

Fonte: <https://www.serasaexperian.com.br/amplie-seus-conhecimentos/indicadores-economicos> Acessado em 14 ago. 2020.

De toda sorte, a morosidade em relação à aprovação do Projeto de Lei nº 1.397/20, por óbvio, gera insegurança quanto ao futuro do empreendedorismo nacional.

É o que leciona o advogado Bruno Rezende (2020, s/p):

> (...) considerando a necessidade de se aguardar pelo transito em julgado, que, aqui no Brasil, costumar demorar décadas, o que se observa é um projeto de lei que não cumpre àquilo a que se propõe. Um desperdício, infelizmente. Ou seja, uma vez mais, o Poder Legislativo perderá a oportunidade de modernizar a contento a legislação falimentar brasileira, em conformidade com aquilo que se observa em países desenvolvidos.

Nesse sentido, especialistas encorajam as solicitações de recuperação judicial, cujos pedidos cresceram em 46% em comparação entre os meses de março e abril de 2020[1]:

> É fato que os reflexos da pandemia têm derrubado a economia, sinalizando uma forte recessão mundial. E não há dúvidas de que a recuperação judicial é um mecanismo da legislação que possibilita empresas se reerguerem sem fechar postos de trabalho. Diante de todo esse contexto, a maioria dos empreendimentos em dificuldades deverá lançar mão desse instituto para permanecer de portas abertas, manter posto de trabalho e tentar garantir o consumo que aquece e faz girar a economia. (MEDEIROS, 2020, s/p)

Nesse sentido, à luz da pandemia provocada pela COVID-19 e consequentes prejuízos inesperados, a recuperação judicial deve, mesmo, ser encorajada.

Destarte, embora seja um procedimento tipicamente polemizado pelo meio social – até porque insculpido na noção leiga de insolvência do empreendedor –, deve ser empregado pelos gestores como tentativa de reequilíbrio econômico, já que a crise desencadeada pela pandemia não foi possível de previsão, tampouco prévia preparação por nenhum segmento da economia brasileira.

[1] Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/26/pedidos-de-recuperacao-judicial-crescem-46-em-abril-veja-como-funciona Acessado em 14 ago. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pela exegese do conteúdo da Lei de Falências e Recuperação Judicial é possível extrair que a recuperação judicial possui disposições firmes a fim de atingir o objetivo da preservação da atividade empresarial.

Embora as críticas à Lei gravitem no sentido de que o processo é extremamente burocrático, bem como dificilmente consegue reverter a crise enfrentada pelas empresas, é necessário assinalar que, muitas vezes, a impossibilidade de reversão do quadro não se dá por defeitos no procedimento judicial, mas sim, pela demora do empresário em reconhecer o estado de insolvência e impulsionar o pedido de recuperação.

Assim, inobstante a possibilidade de manejo da recuperação judicial pela via fraudulenta e imersa em má-fé do devedor, certo é que a Lei nº 11.101/05, diferentemente do regime de concordata anteriormente regulado pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, representa um complexo sistema de auxílio ao empresário insolvente, traduzindo-se como uma norma pensada para ampla atuação no cenário econômico-social vivenciado pela sociedade dinamizada e modernizada do Brasil.

E este procedimento, se aliado com a proposta legislativa em tramitação, certamente fará a diferença para o empreendedorismo brasileiro, mesmo porque a crise desencadeada pela pandemia em nada se assemelha a qualquer situação tipicamente esperara ou calculável pelo empresariado.

Portanto, no cenário pandêmico provocado pela COVID-19, a ferramenta jurídica é esperançosa, pois se mostra um importante mecanismo para tentativa de superação da crise econômica gerada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Presidência da República: Brasília, 2005.

CAMPINHO, Sérgio. **Curso de Direito Comercial**: *Falência e Recuperação de Empresa*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COMETTI, Marcelo Tadeu. **Manual de Direito Empresarial**. Salvador: JusPodivm, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 63, de 31 de março de 2020**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3261> Acessado em 12 ago. 2020.

CRUZ, André. **Direito Empresarial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de Direito Empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza; YARSHELL, Flávio Luiz. **Recuperação Judicial em tempos de pandemia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-

mai-07/yarshell-laspro-recuperacao-judicial-tempos-pandemia> Acessado em 11 ago. 2020.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MEDEIROS, Marco Aurélio Mestre. **Volume de recuperações judiciais deve crescer muito no país após a Covid-19**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/mestre-medeiros-recuperacoes-judiciais-pos-covid-19> Acessado em 14 ago. 2020.

REZENDE, Bruno. Entrevista realizada por Sérgio Rodas. *In* **Revista Consultor Jurídico**, abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/lei-falencias-mudar-acelerar-recuperacao-pos-virus> Acessado em 13 ago. 2020.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luís Felipe; TELLECHEA, Rodrigo. **Recuperação de Empresas e Falência**: *Teoria e prática na Lei nº 11.101 de 2005*. 3. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

SENADO FEDERAL. **Lei de Falências pode ser alterada por causa do novo coronavírus.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/videos/2020/06/ lei-de-falencias-pode-ser-alterada-por-causa-da-pandemia-do-coronavirus> Acessado em 12 ago. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 1.397, de 2020**. Institui medidas de caráter emergencial destinadas a prevenir a crise econômico-financeira de agentes econômicos; e altera, em caráter transitório, o regime jurídico da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência. Câmara dos Deputados: Brasília, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Conflito de Competência nº 168000/AL**, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 11/12/2019. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=102257664&num_registro=201902587740&data=20191216&tipo=91&formato=PDF> Acessado em 22 abr. 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **A Recuperação Judicial de Empresas.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo nº 106, ano 2012, pp. 181 a 214. Disponível em: < https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67943/70551> Acessado em 22 abr. 2020.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial**: *Falência e Recuperação de Empresas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

31

TESTAMENTO VITAL: Efetivando a autonomia de vontade e o direito à morte digna

Daiane Perissinotto[1]
Dalana Bortoloso[2]
Giana Lisa Zanardo Sartori[3]

A compaixão sofre com o sofrimento do outro, enquanto a doçura se recusa a produzi-lo ou aumentá-lo.
André Comte-Sponville

RESUMO: Diante de avanços técnicos e científicos, emerge a necessidade do debate relacionado ao testamento vital, que juntamente com o mandato duradouro são espécies pertencentes as Diretivas Antecipadas de Vontade, essas de suma relevância para garantir a autonomia do paciente. Na atualidade, as distintas formas de fim de vida convidam a uma reflexão bioética e jurídica, pois a publicação de documentos normativos sobre o tema tem suscitado amplo debate social. O presente trabalho tem a finalidade de trazer considerações a respeito do testamento vital, como meio de garantir a vontade do paciente, quando não for possível manifestá-la de forma autônoma ao possuir uma doença terminal ou dano irreversível e sua validade no ordenamento jurídico brasileiro. Foram utilizados o método analítico descritivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Autonomia. Dignidade humana. Testamento vital.

---

[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim. Endereço eletrônico: daianeperissinotto@gmail.com
[1] Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Erechim. Endereço eletrônico: dalanabortoloso@hotmail.com
[1] Doutora em Ciência Jurídica (UNIVALI/SC), professora e pesquisadora da URI Erechim. Endereço eletrônico: sgiana@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

Com o surgimento eficaz de novas tecnologias na ciência médica, vê-se indispensável o debate sobre o direito à morte digna e a valorização da autonomia privada do indivíduo em situação de terminalidade, o que levou ao surgimento das Diretivas Antecipadas de Vontade (DAV)[1].

As DAV são gênero do qual derivam as espécies mandato duradouro e o testamento vital, nesse o paciente define os cuidados, tratamentos e procedimentos médicos que deseja ou não para si, naquele, escolhe alguém de sua confiança para que essa pessoa tome decisões em seu lugar. O testamento vital permite que a autonomia do paciente seja respeitada no momento final de sua vida, onde não possa mais expressar suas vontades, garantindo uma morte digna, respeitando as crenças, origens e culturas que acompanharam o indivíduo durante sua existência, isso com base principiológica na Constituição Federal de 1988, com destaque a dignidade humana e a autonomia.

Dentre as preocupações que se fazem presente na criação da DAV destaca-se o direito à morte digna e à valorização da autonomia privada do indivíduo em caso de terminalidade de vida. Por meio desse instituto o indivíduo escolhe os tratamentos aos quais gostaria ou não de ser submetido no fim da vida ou na impossibilidade de manifestar a própria vontade, nomeia pessoa responsável que faça valer os seus desejos. Como será analisado, não há lei específica que regulamente a matéria, sendo esta, orientada pela resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM)[2], o que dá a pesquisa o interesse de analisar a validade desse instituto e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

O desenvolvimento do assunto inicia com o surgimento do testamento vital e sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro por meio da resolução do CFM, além da diferenciação com o testamento sucessório previsto no Código Civil brasileiro. Na sequência será apresentada a relevância da autonomia do paciente nas escolhas da vida, inclusive em relação ao morrer, analisando os institutos da eutanásia, distanásia, ortotanásia e mistanásia e passando para as diretrizes formais acerca do testamento vital, forma, capacidade, prazo de validade e eficácia.

O que se propõe nesta pesquisa é uma análise do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro, buscando a demonstração de que, embora não haja lei regulando o instituto, o testamento vital tem argumentos sólidos de compatibilidade com o ordenamento jurídico, por meio de uma interpretação crítica e construtiva perante o atual complexo normativo brasileiro, além de provocar uma reflexão na área social-jurídico-política do Estado, buscando o reconhecimento da dignidade da pessoa humana do início ao fim da vida.

A metodologia utilizada nessa pesquisa baseia-se no método indutivo, na perspectiva da abordagem analítica descritiva. Quanto aos procedimentos técnicos, encontra-se na categoria bibliográfica, bem como na legislação brasileira, uma vez que foram utilizados apanhados extraídos de artigos científicos, pesquisas on-line e obras literárias pertinentes ao estudo.

1 SURGIMENTO DO TESTAMENTO VITAL E SUA LEGITIMIDADE.

---

[1] Ressalta-se que será utilizado no decorrer da exposição de ideias do artigo a sigla (DAV) para Diretivas Antecipadas de Vontade.

[2] Ressalta-se que será utilizado no decorrer da exposição de ideias do artigo a sigla (CFM) para Concelho Federal de Medicina.

A indiscutível evolução da medicina trouxe consigo mudança na relação médico-paciente, essas vêm passando por avanços e alterações significativas, indiferente da especialidade: preventiva, curativa ou paliativa, além de trazer o enfrentamento das questões jurídicas. O que se entendia por uma relação verticalizada onde o médico, por possuir qualificação técnica, tinha o poder de decisão sobre a vida do paciente - paternalista - é hoje representada de forma horizontal, considerando a autonomia do paciente diante de sua própria vida.

Os processos tecnológicos a partir de meados do século passado começaram a possibilitar o prolongamento artificial da vida, relativizando a certeza da morte e possibilitando o prolongamento indefinido da vida dos pacientes ditos terminais a ser possível a manutenção por tempo indeterminado da vida biológica (DADALTO, 2013).

As DAV, surgidas nos Estados Unidos no final da década de 60, são produto do avanço tecnológico do processo morte, da hiperutilização da UTIs, da ideia de que o homem pode determinar um fenômeno biológico e de uma sociedade cujo valor central é o individualismo (DADALTO, 2013). Esse prolongamento realizado por novos métodos diagnósticos, tratamentos altamente sofisticados e a introdução de novas drogas.

Em 1969, o advogado e defensor dos Direitos Humanos, Luiz Kutner, publicou nos Estado Unidos o primeiro artigo científico a tratar do direito de morrer que se tem notícia. Kurtner, reconhecendo a ilicitude da eutanásia e do suicídio assistido, defende a ideia de que o paciente possa tomar decisões sobre seu tratamento quando a medicina já diagnosticou a incurabilidade da enfermidade da qual ele padece (DADALTO, 2020).

Propôs ainda um documento, o qual nomeou de *living will,* - testamento biológico - com as seguintes especificidades: o paciente capaz deixaria escrita sua recusa a se submeter a determinados tratamentos quando o estado vegetativo ou a terminalidade fossem comprovados; a vontade manifestada pelo paciente no *living will* se sobreporia à vontade da equipe médica, dos familiares e dos amigos do paciente e o documento deveria ser assinado por, no mínimo, duas testemunhas; esse documento deveria ser entregue ao médico pessoal, ao cônjuge, ao advogado ou a um confidente do paciente; deveria ser referendado pelo Comitê do hospital em que o paciente estivesse sendo tratado; e poderia ser revogado a qualquer momento antes de o paciente atingir o estado de inconsciência. Surgiam assim, as premissas do testamento vital que, até hoje, são seguidas pelos pesquisadores e legisladores ao redor do mundo (DADALTO, 2020).

2 A LICITUDE DO TESTAMENTO VITAL NO BRASIL.

O reconhecimento das DAV como um direito do paciente só foi possível a partir da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina, conhecida também como Convenção de Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo, cujos signatários são os Estados Membros do Conselho da Europa, redigida em 4 de abril de 1997.

Essa Convenção dispõe em seu artigo 9º que: " A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta".

No que se refere ao tratamento de doenças incuráveis, o CFM editou a Resolução 1.805/2006, que permite ao médico "limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal".

Para tanto, será garantido o consentimento informado, com as informações prestadas pelo médico, sobre os tratamentos possíveis, quando a decisão do paciente ou da família - em caso de inconsciência daquele – for no sentido de suspender o tratamento, serão ministrados medicamentos para o alívio dos sintomas que levam ao sofrimento, bem como acompanhamento psíquico, social e espiritual, além do direito de alta do paciente.

Conforme já mencionado, as DAV não possuem regulamento legal no Brasil, o tema ganhou destaque com a publicação pelo CFM da Resolução 1.995/2012, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade. A referida Resolução é um marco normativo na defesa dos interesses dos pacientes em fim de vida no Brasil, pois é a primeira norma – ainda que administrativa – que reconhece o direito de o paciente manifestar sua vontade por escrito, e o dever de profissionais e familiares de respeitarem essa vontade. Ocorre que essa norma tem eficácia restrita, pois só vincula os médicos, uma vez que foi feita pelo conselho da classe desses profissionais (DADALTO, 2013).

A Resolução 1.995/2012 do CFM traça diretrizes éticas, para tanto definiu no art. 1º, as diretivas antecipadas de vontade como, "um conjunto de desejos, prévio e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade". Se assim for, nas decisões sobre cuidados e tratamentos do paciente que não mais puder exprimir sua vontade, o médico considerará suas diretivas antecipadas de vontade (art. 2º *caput*), pois estas deverão prevalecer sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares (art. 2º, §3º), e se foram comunicadas diretamente pelo paciente, o médico registrará no prontuário (art. 2º, §4º) (DINIZ, 2014).

A constitucionalidade dessa resolução foi questionada judicialmente por meio da Ação Civil Pública nº 1039-86.2013.4.01.3500, ajuizada pelo procurador da república do estado de Goiás, Dr. Ailton Benedito de Souza. O juiz substituto Dr. Eduardo Pereira da Silva julgou a demanda improcedente e reconheceu a constitucionalidade da resolução, afirmando não ter ocorrido excesso por parte do Conselho Federal de Medicina ao editar a aludida resolução.

A Constituição Federal afirma em seu artigo 5ª, §2º, que os direitos e garantias expressos em seu texto, não excluem outros possíveis direitos fundamentais que decorram do regime e princípios por ela adotados ou mesmo proveniente da interiorização de tratados de direito internacional que versem sobre direitos humanos.

O Conselho Nacional de Justiça editou em maio de 2014 o enunciado nº. 37 na I Jornada de Direito da Saúde, no qual dispõe que:

> As diretivas ou declarações antecipadas de vontade, que especificam os tratamentos médicos que o declarante deseja ou não se submeter quando incapacitado de expressar-se autonomamente, devem ser feitas preferencialmente por escrito, por instrumento particular, com duas testemunhas, ou público, sem prejuízo de outras formas inequívocas de manifestação admitidas em direito (DINIZ, 2014).

No Senado Federal existem, atualmente, dois Projetos de Lei em tramitação para implementação das Diretivas Antecipadas no Brasil: Projeto de Lei nº 493 de 2020, que dispõe sobre o Estatuto dos Pacientes, de autoria do Senador Rogério Carvalho, PT/SE e o Projeto de Lei nº 149 de 2018, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade sobre tratamentos de saúde, de autoria do Senador Lasier Martins, PSD/RS. Nesse cenário as DAV revelam-se como instrumento a viabilizar e

garantir o respeito à vontade do indivíduo quando este não mais puder decidir sobre o destino de sua vida.

Deve-se esclarecer, ainda, que a confusão terminológica entre o testamento vital e o instituto do testamento sucessório tem feito com que muitos cartórios pelo Brasil exijam, para a realização do primeiro, os requisitos formais do testamento público previstos no art. 1.864 do Código Civil/2002. Como já se viu, o testamento vital — as diretivas antecipadas em geral — não são institutos do direito sucessório, mas sim, um negócio jurídico unilateral que produz efeitos *inter vivos* e deve ser equiparado, portanto, às declarações de vontade. As diretivas não poderão, ainda, ser incluídas em escrituras púbicas de testamento público, constituição de união estável ou qualquer outro documento, pois referem-se a uma relação específica e *sui generis* afeita a questões éticas que permeiam a relação médico/paciente (DADALTO, 2015, p. 7).

O atual Código Civil, no art. 1857, dispõe que: "Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte". O § 2º do mesmo artigo indica que: "São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado". Nesse aspecto é importante ressaltar que o testamento tem a característica *mortis causa*, ou seja, ele vai produzir efeito somente após a morte do testador. Enquanto o testamento vital produzirá efeito ao passo que o testador não conseguir exprimir sua vontade (DADALTO, 2009).

3 AUTONOMIA PRIVADA: CAPACIDADE DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS, DENTRO DOS LIMITES IMPOSTOS PELO DIREITO.

O testamento vital, elaborado dentro dos parâmetros médicos, éticos e jurídicos bem delineados, representa uma clara manifestação do princípio da autonomia e da dignidade humana, bem como uma necessária relativização do direito à vida. Se faz necessário identificar as hipóteses em que essa manifestação de vontade é cabível (MOREIRA, 2013, p. 74).

O direito a uma morte digna é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana que faz nascer os direitos da personalidade, entre eles o direito a uma vida digna e também a uma morte digna. A dignidade da pessoa humana fundamenta, justifica e ancora todos os direitos fundamentais do homem em nosso ordenamento jurídico.

É a dignidade, em sua concepção de autonomia, que permite que o indivíduo faça escolhas em sua vida, inclusive em relação ao morrer, o que leva a analisar os institutos da eutanásia, distanásia, mistanásia e ortotanásia, que estão relacionadas a prática médica dentro do ordenamento jurídico pátrio. Não será abordado o suicídio assistido, pois esse se refere ao auxílio de um terceiro, profissional da saúde ou não, que auxilia àquele que tira a própria vida.

Sempre se discutiu muito sobre a eutanásia, que é um termo conhecido do homem médio, diferente dos outros três: distanásia, ortotanásia e mistanásia, que só nas últimas décadas têm vindo à tona, diante das circunstâncias decorrentes da evolução técnico-científica.

O termo eutanásia é oriundo do grego, tendo por significado *boa morte* ou *morte digna*. É uma antecipação da morte de um paciente em estado terminal, com doença incurável que não possui tratamento efetivo, tendo como finalidade abreviar a dor e o sofrimento, ou seja, por compaixão (PESSINI, 2004). Atualmente com a humanização do direito não possui mais o sentido de *boa morte,* mas o sentido de abreviar a vida, sento tal ato considerado crime.

A eutanásia não possui previsão legal específica, porém, no Brasil, é considerada crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal, podendo ser homicídio privilegiado segundo parágrafo único artigo 121 (BRASIL, 1940).

> Art. 121. Matar alguém:
> Pena - reclusão, de seis a vinte anos.
> Caso de diminuição de pena
> § 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

No contexto ético, o Código de Ética Médica veda ao médico abreviar a vida do paciente, ainda que por solicitação deste ou de seu representante legal. Porém, permite que nos casos de doença incurável e terminal, o médico ofereça todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal (CFM, 2018).

Essas ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas é a distanásia, uma possível definição seria o prolongamento artificial da vida que, sem os artifícios médicos e tecnológicos, naturalmente estaria finalizada. Em suma, se a eutanásia adere à ideia de morte antes de seu tempo, e a ortotanásia, à morte no seu tempo certo, a distanásia seria a definição de morte depois do tempo, isto é, posteriormente ao seu prazo naturalmente definido.

Sobre a distanásia Pessini (2004, p. 201), relata "obstinação terapêutica em que a tecnologia médica é usada para prolongar penosa e inutilmente o processo de agonizar".

A ortotanásia que significa *morte justa* e correta, consistindo no ato de parar com atividades ou tratamentos que prolonguem a vida de forma artificial. É o termo utilizado pelos médicos para definir a morte natural, sem interferência da ciência, permitindo ao paciente uma morte digna (BARCHIFONTAINE; PESSINI, 1995). Utilizando para tanto os cuidados paliativos e permitindo um fim de vida com dignidade, sem dor e com o amparo de uma equipe multidisciplinar, a qual não presta auxílio somente ao paciente, mas também a seus familiares, desmistificando o processo morte e tratando-o de forma natural, afinal, é a única certeza da existência humana.

Tramita no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.715, de 2009, que prevê alterar o Código Penal e excluir a ilicitude da ortotanásia, ou seja, o relatório do referido projeto requer a permissão da "interrupção de medidas terapêuticas desproporcionais e extraordinárias para a manutenção artificial da vida de pacientes em situação de morte iminente e inevitável atestada por dois médicos". Exige o consentimento do paciente ou de seu responsável e define a ortotanásia "como morte correta e em seu devido tempo, sem prolongação irracional e cruel para o doente".

O Código de Ética Médica (CFM, 2018) também denota a ausência de ilicitude na prática da ortotanásia. Em seu art. 41, dispõe que:

> [...] Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.
> Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

A palavra mistanásia, por sua vez, é um termo pouco utilizado, representa *morte miserável*, antes da hora, conhecida como eutanásia social. Pode ocorrer em caso de omissão de socorro, erro médico, negligência, imprudência ou imperícia (PESSINI, 2004).

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, tal autonomia possui íntima relação com o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Brasileira - art. 1º, III, CF/88. A autodeterminação, relacionada à escolha de seus próprios caminhos e vontades, é imprescindível para a consolidação do mencionado princípio e fundamento constitucional, pois é o que torna "a vida humana um bem precioso a ser protegido" (DADALTO, 2009) e empodera o indivíduo, viabilizando a ele o papel de protagonista da própria vida.

Significa dizer que a autonomia evolui juntamente com o ideal do Estado, sendo ampliada na medida em que mais direitos fundamentais são concedidos à população, restando ao ente público a função de garanti-los com base em uma nova perspectiva, pautada no desenvolvimento e na justiça social. Essas mudanças já refletem no direito brasileiro a partir, em especial, da CF/88, que substituiu a aplicação irrestrita do *pacta sunt servanda* e a propriedade absoluta pela consideração da hipossuficiência de uma das partes e função social da propriedade e dos contratos (BARBOSA, BRITO, 2015, p. 166).

Apesar do silêncio legislativo sobre a possibilidade das diretivas, não há também normas que as rejeitem. Ao contrário, levando-se em conta as normas constitucionais que asseguram o direito à liberdade, à autonomia privada, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, dignidade da pessoa humana e a proibição ao tratamento desumano, as diretivas antecipadas são plenamente viáveis em nosso contexto jurídico (BARBOSA, BRITO, 2015, p. 172).

4 AS DIRETRIZES FORMAIS ACERCA DO TESTAMENTO VITAL EM BUSCA DA EFETIVIDADE.

O CFM deixou de abordar pontos importantes, isto se deve aos próprios limites de sua competência, de modo que permanece a necessidade de regular o instituto por lei. Somente lei emanada do Congresso Nacional poderá disciplinar de forma legítima temas como quem poderá fazer testamento vital, as formalidades do documento e seu conteúdo lícito (DADALTO, 2015, p. 36). Em meio ao silêncio do legislador, a doutrina civilista tem tido papel central no delineamento dos limites e possibilidades do instituto, compatibilizando-o com o ordenamento jurídico vigente.

No Brasil, por não possuir uma legislação específica, o testamento vital pode ser feito por documento público ou privado. Quando público, o documento é registrado em um cartório por meio de escritura pública, sem a presença de testemunhas, quando particular, o documento deve ser assinado por testemunhas, contudo, não há previsão legal do número de testemunhas necessárias (DADALTO, 2020).

A lavratura perante os tabeliões de notas não é obrigatória, porém importante para garantir a efetividade, é recomendada para dar mais segurança jurídica ao documento, ao passo que não há regulamentação legislativa brasileira vigente.

É recomendável que esse documento seja anexado ao prontuário médico, com escopo de informar a equipe médica, já que a competência para o preenchimento do mesmo é exclusiva do médico, este ao ser informado pelo paciente da existência e do conteúdo dessa declaração, deverá proceder à anotação da existência de tal instrumento no prontuário do paciente, anexando-a a este (DADALTO, 2020).

Cabe referir que o testamento vital é negócio jurídico unilateral, pois é dotado de existência e eficácia autônoma. Em outras palavras, ele não supõe nem provoca

reciprocidade ou correspectividade de efeitos jurídicos, prescindindo de outra manifestação de vontade para que exista. Trata-se de negócio jurídico *inter vivos*, pois seus efeitos não estão condicionados ao evento morte, e extrapatrimonial, por se referir a direito personalíssimo que não tem conteúdo econômico. É negócio jurídico não solene pela ausência de expressa previsão legal que lhe exija forma ou solenidade especial, e atípico ou inominado, devido à inexistência de tipo legal definindo-o (MELLO, 2007).

Sendo negócio jurídico, o testamento vital pressupõe a exteriorização de uma vontade, como já foi abordado anteriormente, e ela deve se dar de forma consciente, livre e desembaraçada. Dificilmente se vislumbra algum exemplo de vício social no âmbito do testamento vital, eis que voltado diretamente ao íntimo do indivíduo que quer fazer valer seu projeto de vida e de morte, não sendo possível impingir dano a alguém através de tal manifestação. Nessa seara, é necessário também que a manifestação ocorra de forma prévia, quando ainda capaz o futuro paciente. Assim, até mesmo por essa razão se exige a capacidade, a consciência e a liberdade na tomada da decisão, e ser preferencialmente reduzida a termo (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 175).

A declaração prévia de vontade do paciente terminal é um documento escrito por uma pessoa capaz, no pleno exercício de suas capacidades, segundo critérios da lei civil, com a finalidade de manifestar previamente sua vontade, acerca dos tratamentos e não tratamentos a que deseja ser submetido quando estiver impossibilitado de manifestar sua vontade, diante de uma situação de terminalidade.

No plano da eficácia, cabe registrar que o testamento vital somente produzirá efeitos quando seu outorgante, em estado terminal, se encontrar impossibilitado de externar sua vontade de forma livre e consciente. É da natureza do instituto, portanto, ser um negócio jurídico sujeito a uma condição suspensiva (BARBOSA; BRITO, 2015, p. 174). Ainda dispõe (DADALTO, p. 51, 2020) que "o testamento vital se torna eficaz a partir de sua inscrição no prontuário médico, pois ainda que ele seja oponível *erga ommes* a partir da lavratura de escritura pública pelo notário, sua eficácia médica apenas se perfaz com a inscrição no prontuário".

O testamento vital é, por essência, revogável, razão pela qual discorda-se da fixação de prazo de validade, uma vez que, a qualquer tempo o outorgante pode revogar a manifestação anterior. Quanto ao argumento do avanço da medicina, que determinado tratamento ou não tratamento disposto no testamento vital não é mais utilizado ou recomendado, revoga tacitamente a disposição, não havendo razão em prever prazo de validade (DADALTO, 2020).

Destaca-se características essenciais das DAV, são aplicadas a determinadas situações como uma doença terminal ou um dano irreversível e só vão produzir efeitos quando houver, por parte da equipe médica, uma determinação que o paciente não possui capacidade de decisão em relação ao seu tratamento.

No intuito de reunir os testamentos vitais realizados no Brasil, foi criado o Registro Nacional de Testamento Vital (RENTEV). Trata-se de um banco de dados *online* que armazena o documento, possibilitando a consulta através de um código de acesso. Recomenda-se, para que haja uma maior segurança, que o testamento vital seja registrado também em um cartório, embora não obrigatório. Trata-se de iniciativa da Prof.ª Dra. Luciana Dadalto, uma das principais estudiosas do tema no Brasil.

Destaque-se que as orientações ora levantadas se referem a uma situação ideal. Contudo, na ausência de lei a respeito, é possível que as diretivas sejam manifestadas oralmente, cabendo aos familiares e pessoas próximas levar este fato ao conhecimento dos médicos e buscar sua efetividade, priorizando sempre a autonomia privada do paciente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do posicionamento jurídico brasileiro, são necessárias alternativas para amenizar o sofrimento humano perante a situação da morte em casos de doenças graves, incuráveis e em estado terminal, destaque para os cuidados paliativos que envolvem uma assistência prestada por uma equipe multidisciplinar a pacientes que não reagem mais a tratamentos curativos, buscando o controle da dor e demais sintomas.

A Resolução 1.995/2012 do CFM, ao trazer o testamento vital, como espécie das DAV, foi um importante avanço no estudo sobre esse instituto, porém as lacunas existentes comprovam a necessidade de se discutir mais sobre o tema e levar tamanha carência de regulamentação ao poder legislativo, como forma de concretizar os direitos do paciente, para lhe garantir dignidade, autonomia e autodeterminação.

Há de se conciliar a ciência progressista ao mínimo respeito à dignidade da pessoa humana, a qual tutela o direito à vida. À medida que se admite o direito legítimo de cada indivíduo reconhecer seu próprio limite, dá-se maior liberdade de escolha para que este reconheça o processo de morrer e possa definir a própria vida, integridade física e a saúde.

O testamento vital é o instrumento pelo qual o paciente declara a sua vontade, antecipadamente, a respeito de se submeter ou não a tratamentos médicos quando não há mais expectativa de cura e é legitimado pela Resolução 1.995/2012 do Concelho Federal de Medicina, a qual teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Poder Judiciário por meio da Ação Civil Pública nº 0001039-86.2013.4.01.3500, portanto, é válida a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro. Essa autonomia certamente traz dignidade ao indivíduo, permitindo escolher seu destino em conformidade com a maneira que viveu suas crenças, sua religião e sua dignidade.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Amanda Souza; BRITO, Anne Lacerda de. A viabilidade e o conteúdo do testamento vital no ordenamento jurídico brasileiro à luz da Teoria do Fato Jurídico. **Revista Fórum de Direito Civil** – *RFDC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 161-187, set./dez. 2015.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de; PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de Bioética.** 6. ed. São Paulo: Loyola, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de agosto de 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/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 29 de julho de 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm#art2045. Acesso em 13 de agosto de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**. Código de Ética Médica**. Brasília: CFM,

1988. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=category&id=10&Itemid=123%3E. Acesso em: 30 de julho de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Enunciados nº 37** Aprovado na I Jornada de Direito da Saúde em 15 de maio de 2014. JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE, 1., 2014, São Paulo. 2014. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/9560/1/ENUCIADOS%20APROVADOS%20E%20CONSOLIDADOS%20III%20JORNADA%20DA%20SA%C3%9ADE.%20%C3%9ALTIMA%20VERS%C3%83O.pdf>. Acesso em 13 de agosto de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resolução nº 1.805/2006**. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2006/1805. Acesso em 13 de agosto de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Resolução nº. 1.995/2012.** Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de agosto de 2012. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995. Acesso em 13 de agosto de 2020.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995 / 12. **Revista Bioética** Brasília, v. 21, n. 1, pág. 106-112, abril de 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000100012&lng=en&nrm=iso. Acesso em 21 de agosto de 2020.
DADALTO, Luciana. **Testamento vital**. 5.ed. São Paulo: Foco, 2020.

DADALTO, Luciana. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal**. 2009a. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

DADALTO, Luciana**.** Declaração prévia de vontade do paciente terminal. **Revista Bioética,** Brasília, v. 17, n. 3, p. 523-543, mar. 2009b. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/índex.php/ revista_bioetica/article/view/515. Acesso em: 08 de agosto de 2020.

DADALTO, Luciana. História do testamento vital: entendendo o passado e refletindo sobre o presente. **Mirabilia Medicinae,** Barcelona, n. 4, p. 22-41, jan./jun. 2015. Disponível em: http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/medicinae/pdfs/med2015-01-03_0.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2020.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, Brasília, v.21, n. 1, p. 106-112, abr. 2013b. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/ revista_bioetica/article/view/791/861. Acesso em: 08 de julho 2020.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ESPANHA. **Convenio de Oviedo** de 4 de abril de 1997. Disponível em: http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf. Acesso em: 08 de agosto de 2020.

GOIÁS. JUSTIÇA FEDERAL. **Sentença Ação Civil Pública** *n*. 0001039-86.2013.4.01.3500. Disponível em: https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=962647bdbb8934b3d305041e4e4a46ff&trf1_captcha=gzqd&enviar=Pesquisar&proc=10398620134013500&secao=GO. Acesso em: 10 de agosto de 2020.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA, Mayara Sales. **Testamento Vital:** um estudo sobre seu conteúdo lícito no Brasil. Assuntos Especiais – Doutrina. RDF Nº 80, p. 70 – 82, out/nov. 2013
PESSINI, Leocir. **Eutanásia: porque abreviar a vida?** 4. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

32
UMA ABORDAGEM JURÍDICA ACERCA DO FENÔMENO DAS *FAKE NEWS* NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19
(NOVO CORONAVÍRUS)

Júlia Farina[1]
Luciano Alves dos Santos[2]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o fenômeno da disseminação de *fake news*, especificamente no que tange à pandemia da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus, e seus reflexos jurídicos. A metodologia utilizada consiste na revisão bibliográfica mediante leitura e texto expositivo, valendo-se do método analítico-descritivo. Abordou-se sobre o atual momento pandêmico, que teve desdobramentos em âmbito mundial e gerou efeitos na sociedade como um todo. Na sequência, realizou-se uma breve explanação a respeito da disseminação de notícias falsas e seu correlato tratamento jurídico, especificamente no que diz respeito ao princípio da liberdade de expressão, previsto na Constituição Federal de 1998 (art. 5º, incisos IV, IX e XIV e art. 220, *caput*). Por último, discorreu-se acerca das consequências jurídicas oriundas da prática de disseminação de falsas notícias, especialmente durante a pandemia. Diante do estudo realizado, nota-se que a disseminação de *fake news* não pode ser justificada pelo direito fundamental da

[1] Graduanda em Direito, 10º semestre, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Erechim. E-mail: *juliab.farina@yahoo.com.br*.
[2] Mestre em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo-RS. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas-RS (UFPEL). Pós-graduado em Inovação do Direito pela UNISUL-SC. Professor de Direito Internacional Público e Privado na URI Câmpus Erechim. Servidor da Justiça Federal na Subseção Judiciária de Erechim, onde desenvolve a Supervisão do CEJUSCON (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Transnacional nas Relações Jurídicas Atuais com Ênfase no Direito Digital/Informacional. E-mail: *lucianoa@uricer.edu.br*. Currículo lattes: http:/lattes.cnpq.br/8996637354776615.

liberdade de expressão, porquanto este é relativo e comporta limitações. Percebe-se que o fenômeno vem desestabilizando todo o processo de contingência do patógeno, trazendo consequências negativas a toda a coletividade. Ainda, embora a inexistência de legislação específica, tal comportamento é passível de responsabilização verificado abuso no seu exercício.

Palavras-chave: Covid-19. Disseminação. *Fake News*. Liberdade de expressão.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe abordar acerca da disseminação de *fake news* no atual contexto da pandemia da Covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (SARS – CoV-2), bem como seus aspectos legais. Por consequência, apresentam-se os principais impactos sociais e jurídicos oriundos desse fenômeno. Ademais, busca-se esclarecer o conceito de *fake news*, ou notícias falsas, em português, bem como avaliar seu tratamento jurídico.

Para tanto, o artigo foi dividido em três tópicos. O primeiro trata-se de uma breve apresentação acerca do atual momento pandêmico, ocasionado pelo novo coronavírus, e o desdobramento de outra "epidemia": a da desinformação, que é ocasionada, dentre outros motivos, pela disseminação de notícias falsas.

No segundo tópico, discorre-se sobre o direito fundamental da liberdade de expressão, previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 e sua relação ao fenômeno abordado.

Por último, no terceiro tópico, aborda-se a respeito dos reflexos sociais e jurídicos do fenômeno em apreço, tendo em conta que a garantia fundamental da liberdade de expressão não é absoluta, comportando limitações, principalmente quando reflete efeitos negativos à sociedade e à saúde pública.

A respeito da metodologia utilizada, a fonte de pesquisa fora a bibliográfica, desenvolvida através de obras e artigos científicos nacionais. Pesquisas em endereços eletrônicos a complementaram. O texto foi desenvolvido na forma expositiva, através do método analítico-descritivo.

1 (DES)INFORMAÇÃO: A PANDEMIA DA COVID-19 E O FENÔMENO DAS *FAKE NEWS*

A Covid-19 é uma doença causada por um novo coronavírus (SARS-CoV-2), que foi identificado pela primeira vez em dezembro de 2019 na cidade de Wuhan, na China (BRASIL, 2020). O vírus é transmitido a partir do contato comum, bem como por meio de gotículas respiratórias ou por objetos ou superfícies contaminados (BRASIL, 2020). Ao contraí-lo, o quadro clínico apresentado é variável, podendo ocorrer tanto uma infecção assintomática quanto um quadro clínico respiratório grave, podendo, inclusive, levar à óbito (BRASIL, 2020).

Diante desse cenário inédito, a Organização Mundial da Saúde (OMS), no início do presente ano, considerou o surto causado pelo novo coronavírus como caso de emergência de saúde pública de prioridade internacional (CAMBRICOLI, 2020). Paralelo a isso, perante a crescente tensão provocada pela dimensão de uma doença inusitada, os órgãos nacionais e internacionais de saúde se esforçam para aplicar táticas atípicas de contingência, em razão da inexistência de planos estratégicos prontos a serem aplicados frente à pandemia (SILVA; CASTIEL, 2020).

Contudo, surpreendentemente, o surto se espalhou rapidamente por diversas regiões do planeta, acarretamento em severos impactos, especialmente na saúde

pública. Sobre isso, dispõe Xavier e outros (2020, p. 261) que "a pandemia da Covid-19 está impactando negativamente a população mundial, com graves efeitos na saúde pública e grandes desafios para os governos e tomadores de decisão".

São milhares de casos no mundo todo e como ainda não há uma cura efetiva, seja por meio de vacina ou de outra espécie de tratamento, o principal desafio tem sido controlar a expansão da doença através do afastamento social, para que não haja a sobrecarga dos serviços públicos de saúde e o aumento do número de mortes (XAVIER et al., 2020).

Relativamente ao Brasil, os impactos epidemiológicos são ainda maiores, devido ao alto número de óbitos, à saturação dos serviços de saúde, à imposição conturbada do isolamento social e à perspectiva de crise econômica (FULLER; BARRETO JUNIOR, 2020).

Ainda assim, não obstante os efeitos epidemiológicos e os desdobramentos socioculturais, o país convive com outra espécie de "epidemia": a da desinformação, que é ocasionada, dentre outros motivos, pela disseminação de *fake news,* geralmente veiculadas através da Internet, especialmente em redes sociais e aplicativos de mensagens (FULLER; BARRETO JUNIOR, 2020).

O termo *fake news,* ou notícias falsas, em português, é "utilizado para se fazer referência a informações inverídicas veiculadas principalmente por meio da Internet" (PESSOA, 2019, p. 3). O fenômeno não é uma prática recente, tendo sido verificado em outros tempos, apenas com nomenclaturas diferentes (boato, fofoca, etc.). Entretanto, sua ocorrência alcançou maior popularidade através da dinâmica da Internet, em especial no ambiente das redes sociais e em tempos de política eleitoral (LEITE, 2020).

Sobre o assunto, explica Guimarães e Silva (2019, p. 102):

> Os últimos anos foram em grande medida marcados pelo termo *Fake News*, uma vez que a expressão encabeçou algumas das notícias mais relevantes destes anos, e possibilitaram uma profunda modificação nos meios digitais e, de modo indireto, no mundo. As *Fake News* se apresentam como uma releitura do antigo fenômeno social da "mentira", remodelado, a fim de se amoldar as mudanças sociotecnológicas do século XXI. Ao passo que no passado se manifestavam por escritos, ou pela oralidade, hoje se disseminam por meio da internet, em especial, por meio das redes sociais, meios de comunicação com polos de informação descentralizados.

Tecnicamente, Fuller e Barreto Junior (2020, p. 40) definem *fake news* da seguinte forma:

> São componentes de estratégias comunicativas de desinformação bastante sofisticadas e que envolvem desde a produção de conteúdo deliberadamente fraudulento, falso, distorcido, enviesado ideologicamente, além da distribuição e impulsionamento dessas mensagens pela Internet, redes sociais, plataformas de vídeo e ferramentas de comunicação em tempo real. Inauguram uma nova era de desinformação política em decorrência das funcionalidades desenvolvidas pelas Tecnologias de Comunicação e Informação, da hiperconectividade inaugurada com a invenção de smartphones e dos novos padrões de sociabilidade estabelecidos pela Internet.

No mesmo sentido, expõem Guimarães e Silva (2019, p.103):

> As *Fake News*, como fenômeno de profundas repercussões sociais e potencial produção de danos diversos, se apresentam, portanto, como uma conduta ludibriosa, realizada com o intento de produção de danos por meio da *dissimulação da verdade dos fatos*.

No que diz respeito aos objetivos e ao processamento do respectivo fenômeno, Fuller e Barreto Junior (2020, p. 41) ressaltam que:

> Outro aspecto a ser destacado nessas táticas são seus vieses ao disseminar desinformação; mentiras, fraudes e teorias da conspiração. Os beneficiários das táticas de desinformação necessitam impor essa dimensão falseada da realidade para determinar a pauta da agenda pública, mantê-la apartada da realidade factual e da ciência pois nesses campos nada têm a oferecer. Em razão disso os beneficiários de *Fake News* travam guerras permanentes contra a imprensa, a educação e o saber científico. Servem, portanto, muito mais para reforçar vieses de reforço do que na descrição da realidade adjacente.

Diante disso, infere-se que o fenômeno das *fake news*, impulsionado pela dinâmica da Internet, encontrou espaço em outros fatos sociais, como ocorre com a pandemia mundial da Covid-19, especificamente em meio à escassez de conteúdos científicos e orientadores sobre práticas de biossegurança.

A esse respeito, afirmam Fuller e Barreto Junior (2020, p. 41):

> A desinformação desloca seu foco para o campo da Saúde Pública – tais quais aquelas que questionam a eficácia das vacinas, alardeiam medo, teorias sem embasamento científico e induzem as populações a comportamentos que podem deixar sequelas incontornáveis.

Um dos assuntos mais palpitantes em termos de notícias falsas no campo da saúde pública diz respeito à relativização dos efeitos da Covid-19 e suas alternativas de tratamento. Dentre os exemplos, destaca-se o uso de determinados medicamentos, especificamente a cloroquina e a hidroxicloroquina, tomadas à condição de cura contra a infecção.

Todavia, embora o assunto tenha virado pauta de discurso de autoridades políticas, especialmente pelos presidentes dos Estados Unidos, Donald Trump, e do Brasil, Jair Bolsonaro, ainda não há embasamento científico seguro capaz de afirmar que as referidas medicações são eficazes contra o novo coronavírus, em razão dos recentes estudos publicados por cientistas de todas as partes do mundo, os quais aferiram que as substâncias são ineficazes para o tratamento da Covid-19, podendo causar efeitos colaterais negativos a quem as ingere (AFONSO, 2020).

Dentre os estudos clínicos realizados, pode-se destacar o publicado pelo periódico *The New England Journal of Medicine*, o qual mostrou que a hidroxicloroquina é ineficaz como forma de atenuar a doença. Ainda, outras pesquisas, realizadas em pacientes internados em estado grave, tiveram que ser interrompidas porque o medicamento não mostrou qualquer resultado, como se depreende dos resultados dos projetos *Recovery Trials*, da Universidade de Oxford, e do *Solidarity Trial*, da Organização Mundial da Saúde (AFONSO, 2020).

Outro ponto abordado em sede de *fake news* consubstanciou-se no discurso contrário ao isolamento social – método considerado pelas organizações nacionais e internacionais de saúde como o mais eficaz à contenção do contágio do novo vírus. Os discursos mais difundidos tomaram como base a premissa da crise econômica e seus respectivos efeitos, considerados como sendo mais drásticos do que aqueles verificados na saúde pública.

Sobre as temáticas abordadas pelas notícias falsas, sem qualquer embasamento científico e paralelas à saúde pública, Fuller e Barreto Junior (2020, p. 46) refletem que “o que se nota de forma assombrosa é um cenário de desinformação ou ainda de

falsas informações nas redes sociais que se encontra despojado de ética, cientificidade e responsabilidade democrática".

Ainda, em decorrência do excesso de informações – corretas ou não – a Organização Mundial da Saúde (OMS) definiu o cenário como "infodemia", termo que foi utilizado em fala do diretor-geral da OMS, Tedros Adhanom, durante a Conferência de Segurança de Munique, realizada em fevereiro deste ano (OLIVEIRA, 2020).

Em linhas gerais, Silva e Castiel (2020, p. 2) definem "infodemia" da seguinte maneira:

> Uma quantidade excessiva de informações inseguras sobre um determinado problema, em especial associadas às buscas reativas em tempos de grandes medos, o que pode dificultar os caminhos para as soluções ao criar tumultos e desconfiança entre leigos.

Depreende-se que o corrente contexto social, caracterizado pela excepcional pandemia do novo coronavírus, é marcado pela rápida difusão de desinformação. Em meio aos relatórios e recomendações feitos por responsáveis pela biossegurança pública, são disseminadas notícias falsas que articulam-se entre os conteúdos oficiais emitidos e as experiências pessoais vividas (SILVA; CASTIEL, 2020).

A respeito dessa comunicação entre o oficial e o interpessoal, Silva e Castiel (2020, p. 3) citam como exemplo um ocorrido na Itália, o que demonstra a forte influência da comunicação midiática na sociedade:

> As redes sociais italianas alardearam a intenção do governo em preparar um decreto de quarentena de um quarto do país (ao Norte com 16 milhões de residentes), o que acarretou uma fuga em massa de italianos tentando se refugiar ao Sul, onde o sistema de saúde é mais frágil em relação ao do Norte industrializado. Como se viu, diante da difusão desencontrada de notícias e de profusão de regras não cumpridas com consequente propagação desenfreada de contágios e escalada de mortes, o Primeiro-Ministro Giuseppe Conte anunciou a quarentena em toda a península, decisão mais drástica adotada por um país desde o início da pandemia.

Assim, é evidente a interferência das notícias falsas na sociedade durante o presente momento de pandemia, cujo objetivo é dissimular e contrariar à ciência e às recomendações feitas por órgãos responsáveis pela biossegurança pública.

Porém, há de se ressaltar que a prática é materializada em razão do direito fundamental da liberdade de expressão, sendo inequívoca a controvérsia existente entre a proteção do referido direito e a necessidade de combater as falsas notícias sem cercear tal liberdade.

2 LIBERDADE DE EXPRESSÃO *versus FAKE NEWS*

A liberdade de expressão é um direito fundamental de primeira geração previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 (art. 5º, incisos IV, IX e XIV[1] e art. 220,

---

[1] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;
IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;
XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1998).

caput[1]) e em tratados internacionais. Ainda, é considerado como princípio "corolário da dignidade da pessoa humana e também da cidadania" (MARTINS, 2020, p. 756).

A nível internacional, o princípio da liberdade de expressão é protegido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembleia das Nações Unidas, especificamente no seu artigo XIX.

> Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948, n.p.).

Tal liberdade é igualmente prevista e garantida pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (1969), cumprindo mencionar um trecho do seu artigo 13:

> Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
> 2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
> a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
> b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas (COSTA RICA, 1969, n.p.)

A partir disso, Campos e Bittencourt (2020, p. 3) assim reforçam:

> A liberdade de expressão é um direito fundamental protegido pela nossa Carta Constitucional e por uma profusão de tratados internacionais e, com suporte nessas diretrizes, todos são livres para expressar sua opinião sobre qualquer assunto.

Outrossim, as aludidas autoras acrescentam que o direito à liberdade de expressão "inclui a liberdade de qualquer pessoa ter opiniões juntamente com a liberdade de buscar, receber e disseminar informações e pensamentos através de qualquer meio de expressão" (CAMPOS; BITTENCOURT, 2020, p. 3).

Latu sensu, a liberdade de expressão "compreende a liberdade de manifestação do pensamento e de opinião (aí incluídas as produções do espírito, quer de natureza científica, literária, artística, etc.), bem como a liberdade de informação" (BENTIVEGNA, 2020, p. 80).

No que se refere às formas de materialização de tal liberdade, Martins (2020, p. 756) nos ensina que:

> O direito constitucional à liberdade de manifestação do pensamento compreende a comunicação: a) *entre presentes* (numa conversa, numa aula, numa palestra, num discurso); b) *entre ausentes conhecidos* (numa carta, num *e-mail*, numa mensagem eletrônica enviada pelo celular); c) entre

[1] Art. 220, *caput*. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição (BRASIL, 1988).

> ausentes desconhecidos (num artigo de jornal, numa mensagem postada em uma rede social, *blog* ou qualquer outro sítio da internet).

Compreende-se que a liberdade de expressão pode ser manifestada por diversas formas. Contudo, a Internet é, sem dúvida, o meio mais utilizado, em razão de sua acessibilidade. Corroborado a isso, leciona Bentivegna (2020, p. 93) que, com o surgimento da internet, "pôde-se notar significativo incremento no exercício da liberdade de expressão, visto que o acesso à difusão de ideias quedou-se facilitado e democratizado".

Todavia, cumpre ressaltar que o direito fundamental da liberdade de expressão não é absoluto, como nos lembra Martins (2020, p. 756) ao afirmar que "os direitos fundamentais são relativos, não podendo servir de base para violação de todos os outros direitos que contra eles estiverem colidindo".

Sobre o ponto, importante mencionar o inciso XLI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades individuais" (BRASIL, 1988, não paginado).

Ainda, verifica-se que o legislador, ao atribuir o referido direito, no texto constitucional, também determinou a hipótese de abuso desse direito, estabelecendo conjuntamente um meio de reparação por meio dos incisos V e X[1] do art. 5º da Constituição da República (GUIMARÃES; SILVA, 2019).

Sobre o assunto, no que se refere ao ambiente virtual, asseveram Guimarães e Silva (2019, p. 105) que:

> Atrelada a questão da internet e das redes sociais, depreende-se que os sujeitos têm o direito de expressar suas opiniões no ambiente digital e de realizar publicações em tal ambiente uma vez que não extrapolem os limites impostos pela lei. Nesse sentido, na hipótese que o façam surgirá a responsabilidade pelos danos causados advindos das ações que pratiquem, de forma a reparar o dano sofrido e restaurar a normalidade das relações sociais.

No mesmo sentido, reflete Moraes (2020, p. 203):

> O direito à liberdade de expressão ou manifestação transpõe a possibilidade de exteriorização da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação social, não somente pela obrigação de ressarcimento ou reparação de danos materiais e morais, em razão de ofensa a direito, individual ou metaindividual, de pessoa natural ou jurídica, sem prejuízo do direito de réplica ou resposta, proporcional ao agravo, mas também pela proibição do anonimato e da censura de natureza política, ideológica e artística.

Como se vê, não obstante o princípio da liberdade de expressão esteja protegido constitucionalmente e a nível internacional, convém ressaltar que é um direito relativo e, portanto, passível de responsabilização em caso de abuso no seu exercício.

No que se refere a possibilidade de responsabilização no campo das *fake news*, Pessoa (2019, p. 7) explica que:

---

[1] Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988).

> Não se trata de censura, ou seja, cercear o direito à liberdade de expressão para que se tenha a garantia de não difusão de notícias sabidamente inverídicas, o que se defende é a possibilidade de equilibrar ambos os fatores, de modo que a liberdade de expressão não legitime a propagação de *fake news* ou que o combate às notícias falsas não seja razão de cerceamento desse direito fundamental.

Diante disso, levando em consideração que a garantia fundamental da liberdade de expressão também comporta limites, pode-se afirmar que a disseminação de notícias falsas, que gerarem algum dano à sociedade, pode refletir em consequências jurídicas, especificamente na esfera da responsabilidade civil.

3 *FAKE NEWS*: REFLEXOS SOCIAIS JURÍDICOS.

Observa-se que a prática de disseminar informações falsas ou incorretas relacionadas à pandemia representa um sério problema social por ter a capacidade de colocar em risco a saúde e a integridade das pessoas. Ainda, o caráter sensacionalista dessas informações leva muitas pessoas a ignorar as medidas sanitárias recomendadas, afetando diretamente no processo de combate à Covid-19 e desequilibrando o empenho de profissionais e cientistas ligados à área da saúde.

A primeira iniciativa brasileira no combate à veiculação de *fake news* foi a criação da Lei nº 5.250/1967, conhecida como Lei de Imprensa, a qual criminalizava a publicação ou a divulgação de notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados[1]. Contudo, posteriormente, a referida lei foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o seu conteúdo refletia as características do período o qual foi criada, representado pela censura e pelo cerceamento da liberdade de expressão, incabível à luz do atual Estado Democrático de Direito (HAIDAR, 2009).

No presente momento, tem-se o Marco Civil da Internet, Lei nº 12.965/2014, o qual estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, cujo fundamento encontra-se no princípio da liberdade de expressão (BRASIL, 2014).[2]

Segundo a legislação, o uso da Internet é regulado por vários princípios, como a liberdade de expressão, comunicação e manifestação do pensamento, a proteção da privacidade e dos dados pessoais e, dentre outros, a preservação e a garantia da neutralidade da rede. Ainda, tem o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos como um dos seus objetivos (BRASIL, 2014).

Porém, considerando que a legislação supra não trata especificamente sobre a divulgação de *fake news*, Guimarães e Silva (2019) apontam que a responsabilização

---

[1] Art. 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:
I – perturbação da ordem pública ou alarma social;
II – desconfiança no sistema bancária ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica;
III – prejuízo ou crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município;
IV – sensível perturbação na cotação de mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro.
Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários-mínimos da região.
Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, se o crime é culposo:
Pena: Detenção, de 1 (um) a (três) meses, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários-mínimos da região (BRASIL, 1967).

[2] Art. 2º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão [...].
Art. 3º. A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
I – garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal (BRASIL, 2014).

pela disseminação de notícias falsas pode ter efeito no campo da "teoria de novos danos".

Os respectivos autores afirmam que, na sociedade contemporânea, o dano toma novas proporções, acompanhando e contemplando as mudanças sociais e tecnológicas verificadas (GUIMARÃES; SILVA, 2019). A exemplo, tem-se os recentes entendimentos dos Tribunais Superiores no que diz respeito à aplicação de danos morais e materiais sobre assuntos inéditos para a ciência jurídica.

Pode-se dizer que a evolução da tecnologia de informação, com o surgimento e o crescente uso das redes sociais, transformou as relações interpessoais e sociais.

> A tecnologia, em especial, com o advento da criação da internet, modificou o modo de vida das pessoas em grade medida, desde a forma pela qual se comunicam, pelo qual interagem com as demais pessoas, a maneira que os sujeitos se informam e buscam conhecimento sobre os mais diversificados assuntos (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 106).

No ambiente virtual, cuja liberdade lhe é inerente, a propagação de notícias falsas ganha relevância, em razão da facilidade do seu acesso e da possibilidade de compartilhamento rápido, fazendo com que qualquer informação alcance um grande número de usuários em questão de segundos (SOBRAL, 2018). No entanto, o abuso dessa prática pode desrespeitar os direitos individuais e coletivos, especialmente em períodos de pandemia.

A respeito da correspondência entre ambiente virtual, *fake news* e dano, Guimarães e Silva (2020, p. 106) lecionam que:

> A característica comunicativa e transfronteiriça do dano em ambiente digital permite que ele se estabeleça de modo distinto das hipóteses de dano até então verificado, uma vez que a internet permite maior difusão das informações veiculadas, de modo que, o dano apresenta-se de maneira mais gravosa nesse ambiente. Neste cenário, as *Fake News* como fenômeno digital contemporâneo de falsidade das notícias veiculadas na internet, se inserem como um novo elemento causador de dano.

Em razão das característica comunicativa e transfronteiriça da Internet, os ambientes virtuais, como as redes sociais, são espaços de fácil incidência de *fake news*. Ainda, em razão da dificuldade em controlar essa prática no meio virtual, o dano toma uma proporção gigantesca, atingindo a vários usuários ao mesmo tempo (GUIMARÃES; SILVA, 2020).

Por conta disso, Guimarães e Silva (2020) entendem que as *fake news* podem ser estudadas com base na "teoria de novos danos", o dano relacionado aos crimes contra a honra (dano individual) e o dano que atinge os direitos civis, econômicos ou políticos (dano social).

Quanto à diferenciação de dano social e dano social, os aludidos autores ensinam que:

> Tem-se que a diferenciação nuclear entre o dano social e o dano individual reside nos sujeitos lesionados por determinada conduta. Enquanto, o dano individual apresenta uma violação ao aspecto do direito individual, sendo a vítima determinada, o dano social apresenta uma violação ao aspecto do direito difuso, sendo as vítimas indeterminadas ou indetermináveis (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 108).

Desse modo, depreende-se que o dano pode ter concepção ampliativa, apto a resguardar tanto os interesses pessoais quanto os sociais. Em razão desse último, a

propagação de *fake news* torna-se compatível, eis que sua prática pode gerar danos a toda a coletividade.

"Sob esta ótica, verifica-se, a possibilidade de existência de um dano social na medida em que as *Fake News* atingem a sociedade como um todo, rebaixando a qualidade da vida dos indivíduos enquanto integrantes desta sociedade" (GUIMARÃES; SILVA, 2019, p. 109).

Evidencia-se, portanto, que a prática de disseminar informações, notícias e conteúdos dissimulados, com o intuito de alterar a percepção das pessoas sobre determinados assuntos e culminar na descrença dos veículos sérios de informação – situação verificada no atual contexto da pandemia – pode ser considerada como dano social e, portanto, passível de reparação.

Para Guimarães e Silva (2019) o meio de reparação dos danos sociais, em consonância com a sistemática processual, tem como legitimados aqueles que podem mover ações coletivas de cunho reparatório em âmbito geral, ou seja, aqueles legitimados no art. 5º, inciso I, da Lei nº 7.347/85, a Lei de Ação Civil Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na contemporaneidade a sociedade se encontra imersa à pandemia da Covid-19, cujas repercussões transcorrem não apenas na saúde pública, mas em todos os setores sociais (econômico, político, educacional, etc.), implicando em mudanças atípicas na rotina de toda a coletividade.

Em meio a este cenário, a comunidade presencia um momento em que inúmeras informações são propagadas nos meios digitais, dado o caráter inédito da patologia e suas formas extraordinárias de controle.

Dentre as informações divulgadas, há os relatórios oficiais e as recomendações emitidas pelos órgãos oficiais de saúde, que prezam pela biossegurança pública. Não obstante, de forma oposta, há conteúdos isentos de qualquer cientificidade difundidos em massa, que, dotados de grande força persuasiva, colocam em cheque a veracidade dos dados oficiais emitidos.

Como visto, todo o ser humano é livre para expressar sua opinião e seu pensamento, direito protegido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e por tratados internacionais. No entanto, por conta desse direito, cria-se uma falsa ideia de que toda e qualquer informação ou conteúdo pode ser divulgado, especialmente na Internet, em redes sociais e aplicativos de mensagens.

Ocorre, todavia, que, na hipótese de abuso no exercício do direito fundamental da liberdade da expressão, pode haver responsabilização pelos danos causados, haja vista que se trata de direito fundamental relativo, que, por consequência, admite limitações, previstas pela própria Carta Constitucional.

Com base na "teoria de novos danos" apresentada, conclui-se que a disseminação de notícias falsas, no contexto da pandemia da Covid-19, gera consequências sociais e jurídicas.

No que se refere às consequências sociais, ressalta-se a grande interferência dos conteúdos falsos na contingência do novo vírus, sem contar os danos físicos que podem vir a ocorrer para aqueles que acreditam nas informações repassadas.

Outrossim, quanto às consequências jurídicas, infere-se que a propagação de *fake news* pode ser considerada como um "dano social", pois seu exercício confronta a saúde pública e toda a sociedade num todo, passível, a rigor, de responsabilização, caso essa prática, de alguma forma, causar danos coletivos.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Nathália. Hidroxicloroquina é o remédio mais citado em peças de desinformação no mundo. **Folha de São Paulo**. *In*: Uol, jul., 2020. Disponível em: https://piaui.folha.uol.com.br/lupa/2020/07/23/coronaverificado-hidroxicloroquina/. Acesso em: 21 ago. 2020.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. [Declaração (1948)]. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf. Acesso em: 21 ago. 2020.

BENTIVEGNA, Carlos Frederico Barbosa. **Liberdade de expressão, honra, imagem e privacidade**: os limites entre o lícito e ilícito. Barueri, São Paulo: Manole, 2020. *E-book*.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

BRASIL. [Lei de Imprensa (1969)]. **Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967**. Brasília, DF: Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm. Acesso em: 24 ago. 2020.

BRASIL. [Marco Civil da Internet]. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, DF: Presidente da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Sobre a doença**. 2020. Disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid. Acesso em: 18 ago. 2020.

CAMBRICOLI, Fabiana. OMS declara emergência global por surto de coronavírus. **Terra**, jan. 2020. Disponível em: https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/oms-declara-emergencia-global-por-surto-de-coronavirus,4a6dbc7b315afe766c67a332b5b427cc22buhrvk.html. Acesso em: 28 ago. 2020.

CAMPOS, Ana Claudia Sousa de; BITTENCOURT, Ila Barbosa. O princípio da liberdade de expressão na internet. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 117/2020, p. 177-195, jan/fev. 2020.

COSTA RICA. [Convenção (1969)]. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 21 ago. 2020.

FULLER, Greice Patrícia; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Desinformação e COVID-19 no Brasil**: desafios e limites do enquadramento penal da disseminação de notícias falsas. *In*: LIMA, Fernando Rister de Sousa *et al.* (Coord.). COVID-19 e os impactos no direito: mercado, estado, trabalho, família, contratos e cidadania. 1. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2020. ISBN 978-65-5627-033-3. *E-book*.

GUIMARÃES, Glayder Daywerth Pereira; SILVA, Michael César. ***Fake news* à luz da responsabilidade civil digital**: o surgimento de um novo dano social. Revista Jurídica da FA7, Fortaleza, v. 16. N.2, p. 99-114, jul./dez., 2019. Disponível em: https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/940/775. Acesso em: 25 ago. 2020.

HAIDAR, Rodrigo. STF decide que Lei de Imprensa é inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**. Abr. 2009. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2009-abr-30/lei-imprensa-inconstitucional-decide-supremo. Acesso: 22 ago. 2020.

https://jc.ne10.uol.com.br/brasil/2020/06/5612170-o-que-e-infodemia-e-como-voce-pode-sobreviver-a-ela.html. Acesso em: 21 ago. 2020.

LEITE, Gisele. *Fake News*: Considerações jurídicas sobre notícias falsas. **Jornal Jurid**. Jun. 2020. Disponível em: https://www.jornaljurid.com.br/colunas/gisele-leite/fake-news-consideracoes-juridicas-sobre-noticias-falsas. Acesso em: 14 ago. 2020.

MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book.

OLIVEIRA, Débora. O que é "infodemia" e como você pode sobreviver a ela. **Jornal do Commercio** *In: Uol*, jun., 2020. Disponível em: https://jc.ne10.uol.com.br/brasil/2020/06/5612170-o-que-e-infodemia-e-como-voce-pode-sobreviver-a-ela.html. Acesso em: 19 ago. 2020.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. **Uma abordagem analítica acerca das *fake news*, suas consequências e responsabilização à luz da necessidade de um controle judicial efetivo**. Revista de Direito e as Novas Tecnologias, vol. 4, jul./set., 2019.

SILVA, Paulo R. Vasconcellos; CASTIEL, Luis David. COVID-19, as fake news e o sono da razão comunicativa gerando monstros: a narrativa dos riscos e os riscos das narrativas. **Caderno da Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 7, 2020. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000703001&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 19 ago. 2020.

SOBRAL, Cristiano. Fake news e a questão da responsabilidade civil dos provedores e de terceiros. **Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS)**, 2018. Disponível em: https://noticias.cers.com.br/noticia/fake-news-responsabilidade-civil/. Acesso em: 25 ago. 2020.

XAVIER, Fernando et al. **Análise de redes sociais como estratégia de apoio à vigilância em saúde durante a Covid-19**. Estudos avançados, São Paulo, v. 34, n. 99, p. 261-282, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200261&lang=pt. Acesso em: 14 ago. 2020.

33

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM ÉPOCA DE ISOLAMENTO SOCIAL CAUSADO PELO COVID 19

Alana Mathilde Tomielos[1]
Andrey Henrique Andreolla[2]

RESUMO: A presente pesquisa, de cunho histórica e bibliográfica, buscou, por meio do método indutivo, analisar a origem da violência doméstica e familiar contra a mulher, compreender a criação da Lei nº 11.340/2006, comparar os índices de violência em época de isolamento social, entender os aspectos psicológicos e as estratégias adotadas pelo Poder Judiciário para prevenir a violência doméstica. A violência contra a mulher está presente desde a era primitiva e persiste até os dias atuais, mesmo após o surgimento da Lei Maria da Penha. Entretanto, com o surgimento do covid-19, várias entidades desenvolveram plataformas para que as vítimas possam denúnciar seus agressores, e também os Tribunais de Justiça criaram maneiras para que as denúncias possam ser agilizadas. Conclui-se que, mesmo com o surgimento da Lei Maria da Penha e com as novas plataformas criadas durante o isolamento social, ainda está presente a violência contra a mulher.

Palavras-chave: Covid-19. Lei nº 11.340/2006. Violência doméstica e familiar. Mulher.

---

[1] Acadêmica de Direito, 6º semestre na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri Erechim. *E-mail:* alana.tomielos@hotmail.com
[1] Andrey Henrique Andreolla. Professor universitário na URI - Erechim. Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Pós-graduando em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Presidente da Comissão Especial de Direito Penal e Processo Penal da OAB/RS Subseção Erechim. Conselheiro da ACRIERGS. Advogado. *E-mail:* andreyandreolla@uricer.edu.br

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versará, por meio do estudo bibliográfico e histórico, com característica hermenêutica, sobre a acepção da definição de violência doméstica e familiar contra a mulher, a criação e atuação do Poder Judiciário frente à Lei n°11.340/2006. Apresentará, ainda, os índices de criminalidade, a violência em meio a pandemia de Sars-Cov-2, como também explanará a questão psicológica na intervenção do tratamento de mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

No Brasil, em média doze mulheres são assassinadas todos dos dias. Dados oficiais relativos ao período de 2017 apresentam 4.473 homicídios dolosos, sendo 946 feminicídios, ou seja, casos de mulheres mortas em crimes de ódio motivados pela condição de gênero. Esses dados correspondem em um aumento de 6,5% em relação a 2016. O estado do Rio Grande do Norte apresenta o maior índice de homicídios contra as mulheres; 8,4 a cada 100 mil mulheres, sendo o estado de Mato Grosso o estado com a maior taxa de feminicídios: 4,6 a cada 100 mil mulheres (VELASCO; CAESAR; REIS, 2018).

Historicamente, as mulheres são as maiores vítimas da violência doméstica, quase sempre cometida pelo companheiro ou ex-companheiro. A prevalência da violência doméstica ao longo da vida, seja ela física, emocional, psicológica e/ou sexual, tem sido uma experiência que impacta de maneira decisiva a vida dessas mulheres, somando-se a outras desigualdades como diferenças salariais, acesso à empregos, à educação, oportunidades de tratamento de saúde, utilização e acesso à infraestrutura, à posse de ativos econômicos, entre outras (CARVALHO; OLIVEIRA, 2017).

Nesse sentido, a finalidade da Lei n° 11.340/2006, é garantir a liberdade e direitos de proteção à mulher contra a violência de gênero e garantir mecanismos de prevenção e assistência às vítimas, com punições mais rigorosas para seus agressores (GONTIJO, 2015). O documento legal estabelece que a violência doméstica e familiar possa se consubstanciar em qualquer ação ou omissão que gere situações de violência física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral contra a mulher (CNJ, 2018a).

Em 2017, ingressaram nos Tribunais de Justiça Estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminal em violência doméstica contra a mulher. Em relação aos índices de criminalidade, o estado do Rio Grande do Sul encontra-se em terceiro lugar, apresentando 11,5 processos a cada mil mulheres residentes (CNJ, 2018).

Assim, esses indicadores colocam o Brasil em 5º lugar no *ranking* de países com crimes de violência contra a mulher. A pesquisa realizada pela DataSenado (2017) revelou que dentre os tipos de violência sofrida pelas mulheres, destacam-se: violência física, moral e psicológica.

1 SITUAÇÃO DA MULHER: CONTEXTO HISTÓRICO

A origem da violência contra a mulher é perceptível desde a era primitiva, na qual as mulheres passavam por violações em seus direitos elementares, sendo consideradas frágeis, discriminadas, oprimidas, quando não escravizadas, ficando em um plano inferior aos homens (PORTO, 2007).

Na época das organizações tribais as mulheres eram responsáveis pela busca de alimentos, como cereais, verduras e legumes, já os homens buscavam, através da caça, a carne que era fonte de proteína, sendo que o trabalho do homem era muito mais valorizado do que o trabalho da mulher (PINSKY, 1994).

Nas antigas civilizações orientais existiam as organizações patriarcais, assim, os homens e seus filhos eram aqueles que comandavam o lar. Já na civilização hebraica, segundo a Lei Mosaica, as mulheres não poderiam cometer nenhum tipo de adultério,

caso acontecesse seriam assassinadas. Após essas duas fases, surgiram as civilizações mesopotâmicas, onde a mulher já possuía alguns direitos, sendo eles: trabalhar, assumir cargos públicos e demandar em juízo, mas ainda o homem poderia castigá-la caso cometesse infidelidade (PINSKY, 1994).

As mulheres não frequentavam os cultos religiosos, apenas os chefes de família poderiam frequentar, os quais eram homens. Ademais, os antepassados falecidos eram velados em suas residências, sendo que apenas o chefe da família poderia realizar orações no velório, e quando o chefe de família morresse era o filho homem que continuava com esse ritual - caso não houvesse filhos homens para continuar as orações e os rituais, a pessoa falecida ficaria sofrendo para toda eternidade (PINSKY, 1994).

No entanto, a igreja exercia um papel muito importante na sociedade medieval, desenvolvia poderes de órgão supranacional, político e conciliador da sociedade. Ademais, a igreja idealizava o que as mulheres deveriam vestir e como deveriam respeitar seus maridos, restando possíveis condenações para as que não cumprissem com as normas da época (COTRIM, 2010, p. 107).

O Código Civil de 1916 deixava bem claro que o papel do homem era o de provedor do lar, enquanto a mulher era submissa ao patriarcalismo, sendo que deveria apenas cuidar do lar. Ademais, segundo o artigo 219, inciso IV do Código Civil de 1916, havia a permissão de anulação de casamento por defloramento da mulher.

Contudo, com o passar dos anos, ocorreram mudanças perceptíveis em relação aos direitos das mulheres, sendo que foi a partir da Segunda Guerra Mundial que começaram a possuir mais direitos. Ademais, com o passar das décadas, vários movimentos feministas eclodiram com o intuito de reivindicar a igualdade entre os gêneros, igualdade salarial e participação da mulher na sociedade (TELLES, 2000, p. 350).

> O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao poder Legislativo e, também na interpretação da lei (TELLES, 2000, p. 350).

Alguns fatos históricos contribuíram para que as mulheres começassem a ocupar mais espaço no meio da sociedade. Diversas guerras civis, por exemplo, fizeram com que as mulheres começassem a trabalhar nas fábricas e realizar atividades que antes eram consideradas apenas para os homens. Ademais, as mulheres começaram a ter seus nomes vinculados aos estudos científicos, literários e físicos, como Amélia de Freitas Bevilaqua, esposa de Clóvis Bevilaqua, que foi uma grande escritora e a primeira mulher a concorrer a uma vaga na Academia Brasileira de Letras (TELLES, 2000, p. 406).

Como se percebe, as mulheres eram consideradas um sexo frágil, pertencentes aos homens, e desde as primeiras civilizações sofriam agressões físicas, psicológicas e sexuais. Entretanto, no Brasil, as primeiras denúncias de violência doméstica e familiar tiveram início em 1978, expondo um problema que há tempos era comum.

Em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), sendo que foi a primeira lei de *status* internacional que tratava de violência contra a mulher e violência doméstica. Portanto, o objetivo era eliminar a discriminação e assegurar a igualdade entre homens e mulheres (PARODI; GAMA, 2009).

A CEDAW foi ratificada pelo Brasil em 1984, porém, ainda estava em vigor o Código Civil de 1916, o qual previa que a mulher pertencia ao homem e tinha que obedecê-lo, assim limitava as obrigações assumidas pelo Estado.

O Estado Brasileiro, ao obter conhecimento dos índices de criminalidade contra a mulher, assumiu perante o plano internacional o compromisso de estabelecer medidas internas capazes de garantir os direitos das mulheres dentro das relações domésticas e familiares (PARODI; GAMA, 2009).

Apesar de o Estado Brasileiro assumir este compromisso internacional, ficou inerte por vasto período, não realizando ações políticas de afirmação, proteção ou de inserção social para a mulher. Precisou da história apresentada por Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu trágico evento após o próprio marido tentar assassiná-la em 1983, deixando-a paraplégica, fato somente julgado pela justiça nacional depois de percorrido 15 anos (GUIMARÃES, 2011).

Convém destacar que foi somente em 20 de agosto de 1998 que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia pela própria vítima, e, também, por outros sistemas que já estavam envolvidos, como o Direito Internacional, Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Além disso, após este ocorrido, o processo na OEA condenou o Brasil por negligência e omissão em relação à violência contra a mulher (BIANCHINI, 2014).

2 CRIAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA Nº 11.340/2006

Após a tentativa de assassinato contra Maria da Penha Maia Fernandes, várias entidades reuniram-se para elaborar e definir um projeto de lei que pudesse combater as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo a estabelecer mecanismos para prevenir e reduzir este tipo de violência, bem como prestar assistência às vítimas. Em decorrência dos fatos, foi criada a Lei Maria da Penha nº 11.340/2006, sendo que anteriormente utilizava-se a Lei nº 9.099/95 para punir os agressores, mas não havia muita eficácia (BRASIL, 2018).

O objetivo desta Lei é coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A violência é caracterizada por qualquer atentado aos direitos humanos, abrangendo todos os atos de violação dos direitos como: civis, sociais, econômicos, culturais e políticos (BRASIL, 2018).

Adentro das violências, a Lei Maria da Penha, em seu artigo 7º, descreve as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo elas: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e/ou moral.

Segundo o Ministério Público, a violência física é considerada a mais frequente. Trata-se de qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher, podendo ou não provocar lesões corporais, externas ou internas. Essa violência é notável, pois são atos que são fáceis de diagnosticar por se tratar de lesões físicas (BRASIL, 2002).

A violência psicológica está relacionada com qualquer conduta que cause danos emocionais, diminuição da autoestima, que 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, ridicularizarão, 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).

A violência sexual é 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).

Existem várias nomenclaturas genéricas para definir os crimes sexuais, sendo que os mais usados são a violência sexual, abuso sexual e agressão sexual. Entretanto, ainda o mais aceito é violência sexual, pois tem um significado mais amplo, enquanto o abuso sexual é definido quando ocorre a penetração vaginal nas vítimas (DREZETT, 2000). A violência contra a mulher está relacionada a qualquer sofrimento, seja físico, sexual ou psicológico. Atualmente é considerado um problema de saúde pública, pois houve um aumento do número de atendimentos nos serviços de saúde (CDC, 1997).

> Entende-se que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica; a) que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outras, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual; b) que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no lugar de trabalho. (SCHRAIBER; D´OLIVEIRA, 2003, p.8).

De acordo com o artigo 7º da Lei nº 11.340/2006, a violência patrimonial é 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. Ademais, a violência moral está presente no artigo 7º, inciso V, sendo que é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

Apesar dos avanços alcançados na esfera constitucional e internacional, os elementos discriminatórios ainda existem, e assim os fazem com que as mulheres deixem de exercer seus direitos (PITANGUY; MIRANDA, 2006, p. 23).

3 ÍNDICES DOS CRIMES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NO BRASIL

O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) calcula que, no mundo todo, 50% das mulheres assassinadas são vítimas dos cônjuges ou de outros homens da família (CASTILLO, 2017).

Em 2016, na pesquisa "Visível e Invisível: a vitimização de mulheres no Brasil", requerida ao Datafolha pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com representatividade nacional, aferiu-se que 29% das mulheres brasileiras relataram ter sofrido algum tipo de violência, sendo que apenas 11% procuraram a delegacia da mulher para denunciar o agressor (CIQUEIRA et al., 2017).

No ano de 2017 ingressaram nos Tribunais de Justiça Estaduais do país 452.988 casos novos de conhecimento criminal em violência doméstica contra a mulher. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo apresentou o maior volume, com 67.541 casos novos (CNJ, 2018a).

Ao comparar os dados com as mortes de mulheres negras e não negras, além da taxa de mortalidade de mulheres negras ter aumentado, cresceu também a proporção de mulheres negras entre o total de mulheres vítimas de mortes por agressão, passando de 54,8% em 2005 para 65,3% em 2015. As 65,3% das mulheres assassinadas no Brasil no último ano eram negras, ao se observar a evidência de que a combinação entre desigualdade de gênero e racismo é extremamente perversa e se configura como uma

variável fundamental para compreender a violência letal contra a mulher no país (CERQUEIRA et al., 2017).

Segundo a pesquisa Nacional sobre Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, realizada pelo DataSenado, os índices de violência cometidas por ex companheiro aumentaram quase três vezes no período de 2011 a 2019, tendo o percentual de 13% para 37%. Já a violência cometida pelo atual companheiro diminuiu, passou de 69% em 2011 para 41% em 2019. Ademais, a violência contra a mulher também é cometida por filhos, enteados, pais e padrastos (DATASENADO, 2019).

Várias mulheres já sofreram violência, quais sejam, física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Há índices que comprovam isso, sendo que 27% das mulheres declararam ter sofrido violência provocada por um homem em qualquer momento de sua vida. Outrossim, 64% declararam não ter sofrido violência por qualquer homem em nenhum momento de sua vida, e 9% declararam que no último ano vivenciaram pelo menos um dos tipos de violência citados anteriormente (DATASENADO, 2019).

A violência não ocorre somente em casa ou por uma pessoa conhecida, mas é cometida também nas ruas, no trânsito, no mercado, no dia a dia da mulher. Entretanto, é comum as mulheres vivenciarem cenas de desrespeito realizadas por homens nos mais diversos locais, pelo simples fato de ser mulher. Em 2013, o índice de desrespeito contra a mulher era de 35%, em 2019 passou para 56%, sendo que a rua é o local que mais predomina esse tipo de violência, caracterizando 48% (DATASENADO, 2019).

Tal situação, contudo, se agravou na época atual de pandemia de COVID-19, com será visto no tópico a seguir.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

Neste ano, o novo coronavírus infectou milhões de pessoas no Brasil, gerando inúmeras consequências para a sociedade, porém, essas consequências variam a depender das condições de cada pessoa. Dado ao desconhecimento das autoridades em relação ao novo vírus e como combatê-lo, a quarentena tornou-se a medida mais necessária e eficaz ao combate do Sars-Cov-2. Porém, durante o isolamento social, várias mulheres acabaram por ficar em suas casas com os seus próprios agressores (BUENO et al., 2020).

Com o isolamento social, os índices de violência doméstica aumentaram, mas as denúncias diminuíram, uma vez que as vítimas acabam convivendo muito tempo com o seu agressor e não conseguem sair de casa para denunciá-lo, ou, até mesmo pelo medo que sentem por estarem mais próximas dos agressores, acabam por não denunciar (BUENO et al., 2020).

Segundo a Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio Grande do Sul (2020), durante o período de isolamento social devido à pandemia, no mês de abril de 2020, aumentou 66,7% o número de casos de feminicídio, comparando com o percentual de 2019. No mês de março e abril de 2020 ao todo foram assassinadas 143 mulheres, sendo que em 2019 foram 117 (MOLINA, 2020).

O Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020), declara que a violência doméstica contra a mulher gerou um aumento de quase 9% no número de ligações para o 180. O canal 180 serve para receber denúncias de violência contra a mulher, sendo que nos dias 17 a 25 de março de 2020, houve 3.003 ligações e 978 denúncias de mulheres que sofrem algum tipo de violência.

Os dados oficiais do comitê parlamentar de violência contra as mulheres informam que, conforme os relatórios divulgados pela polícia civil, os índices de abuso

doméstico caíram para 652 casos nos primeiros dias do mês de março de 2020, sendo que no mesmo período no ano de 2019 o total foi de 1.157 casos de violência. Ademais, o percentual de ligações feitas através do sistema rosa –que é um telefone exclusivo para denúncias de violência contra a mulher- nas primeiras duas semanas de isolamento caiu 55%, e foram recebidas 496 chamadas, sendo que em 2019 no mesmo período foram realizadas 1.104 denúncias (BUENO et al., 2020).

Apesar de, após o início da pandemia, o número de denúncias ter diminuído, os casos de violência tendem a aumentar, sendo necessária uma fiscalização maior para combatê-los. Todavia, a ONU tem recomendado para todos os países várias medidas para prevenir os casos de violência contra a mulher, sendo elas: maiores investimentos em serviços online; a utilização de um espaço ou uma pessoa nas farmácias e supermercados para que a vítima possa denunciar o agressor; criação de abrigos para as vítimas não precisarem ficar com seus agressores (BUENO et al., 2020).

No entanto, os índices de violência doméstica, denúncias e medidas protetivas de urgência dependem de cada estado. Assim, de acordo com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, houve aumento de 2,1% de solicitações e de 31% de concessões das medidas, já, segundo o Tribunal de Justiça do Acre, no mês de março de 2020 houve queda de 8,8% nos índices de violência doméstica, comparando com o ano de 2019 (BUENO et al., 2020).

A Secretaria Estadual de Segurança Pública traz que os registros de violência doméstica de lesão corporal dolosa no Estado do Rio Grande do Sul em março de 2019 eram de 1.925, sendo que em março de 2020 passaram para 1.744, tendo uma variação de -9,4%. Ademais, os registros de ameaças em março de 2019 eram de 3.467 e em março de 2020 passaram para 2.687, tendo uma variação de -22,5%. (BUENO et al., 2020).

Com o surgimento da pandemia vários sites criaram plataformas diferenciadas para as mulheres poderem fazer denúncias contra seus agressores. Uma loja online de eletroeletrônicos criou um código secreto, um botão de pânico que representa um X para que a mulher pudesse denunciar sem que o agressor perceba. Já, a empresa Magazine Luiza usou as redes sociais para divulgar uma campanha contra a violência doméstica e familiar contra a mulher, através de publicações relacionadas à maquiagem para esconder manchas que seriam relacionadas à violência, assim as mulheres acessariam o link da suposta loja de maquiagem e se conectariam direito ao canal 180 do MMDH, sendo feita a denúncia sem que o agressor perceba, uma vez que estará, supostamente, em site de maquiagem fazendo compras (TERRA ECONOMIA, 2020).

As informações apresentadas revelam um quadro grave, e indicam também que muitas dessas mortes poderiam ter sido evitadas. No entanto, em inúmeros casos, até chegar a ser vítima de uma violência fatal, essa mulher é vítima de uma série de outras violências de gênero, como bem especifica a Lei Maria da Penha. A violência psicológica, patrimonial, física ou sexual, em um movimento de agravamento crescente, muitas vezes antecede o desfecho fatal. Nesse sentido, cabe à mulher usar de seus direitos cíveis e denunciar o agressor.

5 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: COMO ACABAR COM ESTE CICLO? ASPECTOS PSICOLÓGICOS E ESTRATÉGIAS DO PODER JUDICIÁRIO COMO FORMAS DE SUPERAÇÃO

A Lei Maria da Penha configura a violência doméstica e familiar contra a mulher como uma violência psicológica, já que o sofrimento causado às vítimas se encontra também presente na situação. Entretanto, a lei propõe aos Estados e Municípios que

criem uma infraestrutura de serviços multidisciplinares no atendimento às vítimas, a ser integrada por profissionais especializados na área psicossocial (REIS, 2010).

Sendo a violência doméstica um fenômeno social, deve-se levar em consideração a história de vida e o meio no qual ela se insere, ao qual, a psicologia deve atuar no processo de reflexão, socialização, conscientização e recuperação das mulheres vitimadas (COMINO, 2016).

Assim, estudos apontam que as consequências negativas da violência psicológica interferem na autoestima da mulher, expondo a um risco elevado de sofrer com problemas mentais, como depressão, fobia e estresse pós-traumático decorrentes do trauma (RIBEIRO, 2017).

Desse modo, as estratégias adotadas para o tratamento de vítimas de violência doméstica devem ter em atenção às características únicas de cada uma delas, sendo importante ter escuta ativa para estas mulheres, deixando-as expressar seus sentimentos. Ademais, o acompanhamento psicológico nesta problemática visa investigar o fenômeno de violência doméstica como tentativa de prevenir ou minimizar a sua ocorrência por meio de planos terapêuticos para trabalhar a saúde psicológica e emocional.

Com a criação da Lei nº 11.340/2006, coube ao poder judiciário realizar a devida especialização no atendimento às mulheres vítimas de violência, a partir da criação de Juizados ou Varas de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher em todas as Unidades da Federação. Esses órgãos pertencem à justiça comum, tendo competência cível e criminal para processar, julgar e executar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, devendo contar com uma equipe multidisciplinar especializada nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde. A quantidade de varas exclusivas era de 109 em 2016, passando para 122 em 2017, representando um aumento percentual de 12% (CNJ, 2018a).

O poder público atua com políticas para garantir os direitos humanos das mulheres através da Lei Maria da Penha, no âmbito das relações domésticas e familiar no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2018).

As normas e o processo de julgamento do agressor estão inseridos no Código de Processo Penal e Processo Civil. Segundo o artigo 14º da Lei Maria da Penha, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgão da Justiça Ordinária ligados com a competência cível e criminal, poderão ser criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática da violência (BRASIL, 2018).

A autoridade policial, ao receber a denúncia, deve realizar o registro da ocorrência e adotar os procedimentos inseridos no Código de Processo Penal. A vítima poderá solicitar providências necessárias à justiça, a fim de garantir a sua proteção. O juiz, recebendo a acusação juntamente com os documentos necessários à prova, em quarenta e oito horas, concede medidas protetivas de urgência para a mulher em situação de violência, conforme o artigo 22º da Lei Maria da Penha (CASTRO; SILVA, 2017).

No entanto, as medidas protetivas têm caráter preventivo e são voltadas a providências urgentes. De acordo com a Lei nº 11.340/2006, existem dois tipos de medidas protetivas: as medidas protetivas de urgência, que obrigam o agressor a uma conduta, como por exemplo, suspensão do porte de armas, afastamento do lar, proibição de aproximação ou de contato com a ofendida, restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, prestação de alimentos provisionais ou provisórios, e as medidas protetivas de urgência à ofendida, como o encaminhamento à programa

de proteção ou atendimento, afastamento da ofendida do lar, separação de corpos, restituição de bens, etc. (CNJ, 2018a).

Todavia, cabe ao Ministério Público apresentar a denúncia ao juiz e propor penas de três meses a três anos de detenção, cabendo ao juiz a decisão e a sentença final. Assim, o juiz terá competência para apreciar o crime e os casos que envolverem questões de família como: pensão, separação, guarda de filhos e outros (BARROS, 2012). Ressalta-se que, em caso de renúncia do registro, este será apenas admitido perante realização de audiência e com a representação do juiz.

Recentemente, os tribunais criaram juizados e varas que lidam com ações penais e cíveis ligadas à violência doméstica. Sendo que a Justiça Estadual passou a ter 122 varas ou juizados de competência exclusiva, com criação de unidades em 10 tribunais. Essas unidades são dotadas de equipes de profissionais de várias áreas especializados em prestar atendimento às vítimas. Se a demanda de processos em tramitação for menor que 5.000, a equipe multidisciplinar precisa ter um psicólogo e um assistente social, e se a demanda for superior aos 5.000 processos, a composição mínima da equipe inclui três psicólogos e três assistentes sociais (CNJ, 2018a).

Com o surgimento do isolamento social causado pelo covid-19, várias entidades desenvolveram plataformas para as mulheres denunciar seus agressores. Como por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que criou uma campanha chamada "Sinal vermelho contra a violência doméstica". A mulher vítima de violência precisa ir até uma farmácia cadastrada na campanha e desenhar um X com batom vermelho na mão, assim servirá como um alerta para a atendente, a qual irá acionar a Polícia Militar para tomar as devidas providencias (TERRA ECONOMIA, 2020).

A organização feminista brasileira Think Olga (2020), divulgou que houve um aumento relacionado à violência contra as mulheres durante a pandemia. Assim, criaram algumas estratégias para que as vítimas possam adotar, sendo elas: trazer alguém da família para a casa; esconder objetos pontiagudos; retirar de casa possíveis gatilhos, como as bebidas alcoólicas e as drogas. Entretanto, a OMS orienta que a vítima tenha um lugar para ir caso precise sair de sua residência por ter sofrido qualquer tipo de violência.

O Senado Federal (2020) aprovou o Projeto de Lei nº 1.444/2020 que altera a lei nº 13.979/2020, o qual define regras para o enfrentamento da covid-19. Todavia, a União, Distrito Federal, Estados e Municípios devem criar medidas protetivas para atender as mulheres e seus dependentes que estão em situação de risco. Ademais, é necessário o afastamento do agressor, caso a vítima tenha a vida ou a integridade física lesada e ameaçada, mas caso o agressor não for afastado, a vítima deverá permanecer em atendimento nas casas de abrigos.

A autoridade policial que receber a denúncia de violência doméstica deverá enviar ao juiz competente, no prazo de 24 horas um pedido para a concessão de medidas protetivas de urgência. Assim, o Poder Judiciário, no prazo de 24 horas tomará a decisão, e poderá determinar a realização de visitas na casa da vítima.

Ainda sobre o projeto de lei, as Delegacias Especializadas em Atendimento à Mulher (DEAMS) devem garantir o atendimento domiciliar para as mulheres para que elas possam denunciar os agressores.

O Comitê Gaúcho ElesPorElas, da ONU das mulheres, desenvolveu uma campanha, juntamente com os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como com entidades relacionadas à pauta de mulheres. Essa campanha é chamada máscara roxa, e no dia 10 de junho de 2020 foi lançada no Rio Grande do Sul, assim as mulheres vítimas de violência doméstica poderão ir até uma farmácia que tiver o selo "farmácia amiga das mulheres" e pedir pela máscara roxa, que é a senha para que o atendente

saiba que se trata de um pedido de ajuda, assim realizará os procedimentos para que a vítima denuncie o agressor (MOLINA, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como problema geral a violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo que os objetivos específicos foram: analisar a história da mulher na sociedade, compreender a criação da Lei Maria da Penha, analisar o aumento dos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher em época de isolamento social causado pelo covid-19, entender os aspectos psicológicos e as estratégias do poder judiciário para combater a violência.

Para isso, foi realizada pesquisa histórica e bibliográfica, buscou, por meio do método indutivo, embasando e situando interessados no tema em relação a todas as conquistas legais obtidas pelas mulheres, principalmente desde o ano de 2006, ano que a Lei Maria da Penha foi criada.

O presente artigo se propôs a esclarecer, inicialmente, a trajetória da consolidação da Lei Maria da Penha, a qual precisou ocorrer uma trágica história para que entidades criassem a lei. O resgate histórico, nesse sentido, propicia a valorização do contexto de direitos conquistados pelas mulheres, e no presente gera consciência sobre a necessidade de garantia a efetividade do que foi conquistado.

Contemporaneamente, o isolamento social adotado em diversas regiões do país em decorrência da pandemia de Sars-Cov-2 impôs não só um maior contato da vítima com o seu agressor, mas também uma maior dificuldade na realização da denúncia. Evidente que, em uma sociedade que preze pela vida e pela justiça, é necessário que haja a devida resposta aos agressores e a educação das novas gerações para impedir a perpetuação da violência contra a mulher. Entretanto, a necessidade de resposta imediata gerada por uma situação de violência acaba por tornar fundamentais, inclusive, as ações que visem instruir a vítima e facilitar a denúncia, como os exemplos de iniciativas expostas no presente artigo.

O histórico de perpetuação da violência contra a mulher é um fator determinante para se entender como esse tipo de violência foi naturalizada, ignorada e, até mesmo, incentivada em vários momentos. Compreendendo o árduo processo de superação dessa violência, pode-se perceber as inevitáveis dificuldades a serem enfrentadas, entretanto, ressalta-se a profunda necessidade de punição dos agressores e proteção às vítimas.

Evidente que, concomitante à obtenção de garantias, surge a necessidade de atualização da norma. É dizer, a manutenção do constante – e recente - progresso em relação à proteção a mulher. Portanto, para combater os índices de violência doméstica e familiar, se faz necessário a rigidez em relação a aplicação da Lei Maria da Penha, tendo como aliado o Poder Judiciário para que possa agilizar as denúncias e tomar as devidas providencias para que os agressores possam pagar pelo o que fizeram.

REFERÊNCIAS

BARROS, G. **Análise da violência doméstica e familiar contra a mulher no contexto da aplicação da Lei Maria da Penha.** 2012. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12364. Acesso em: 30 ago.2019.

BIANCHINI, A. **Lei n. 11.340/2006**: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006**. Brasília, 07 de agosto de 2006; 185º da Independência e 118º da República. Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 05 set. 2019.

BRASIL. **Mulher, valorize-se**: conscientize-se de seus direitos. Ministério Público do Distrito Federal. Núcleo de Gênero da Coordenação dos Núcleos de Direitos Humanos, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. **Violência intrafamiliar:** orientações para prática em serviço**.** Secretaria de Políticas de Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Nações Unidas. **Chefe da ONU alerta para o aumento da violência doméstica em meio à pandemia do coronavírus**. Brasília. Nações Unidas, 2020.

BUENO et al. Violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, abr. 2020. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

CARVALHO, J. R.; OLIVEIRA, V. H. **Violência doméstica e seu impacto no mercado de trabalho e na produtividade das mulheres:** relatório executivo II - primeira onda - 2016. Fortaleza, 2017. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2017/11/violencia_domestica_trabalho_ago_17.pdf. Acesso em: 10 set. 2019.

CASTILLO, E. **A violência contra as mulheres no mundo em quatro mapas**. 2017. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/22/internacional/1511362733_867518.html . Acesso em: 20 set. 2019.

CASTRO, B; SILVA, A. **Atuação da autoridade policial e do poder judiciário no combate à violência doméstica contra a mulher na Cidade de São Luís/MA.** v. 15, n. 20, 2017. Disponível em http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/758. Acesso em: 30 ago. 2019.

CERQUEIRA et al. **Atlas da violência:** Ipea e FBSP. Rio de Janeiro, 2017.

CNJ. **O poder judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha**. Conselho Nacional da Justiça, 2018a

CNJ. **Poder Judiciário busca maior eficácia nos casos de violência contra a mulher**. Conselho Nacional da Justiça, 2018.

Disponivel em: http://justificando.cartacapital.com.br/2018/06/19/poder-judiciario-busca-maior-eficacia-nos-casos-de-violencia-contra-a-mulher/. Acesso em: 30 ago. 2019.

COMINO, T. M. A atuação direta do psicólogo com mulheres vítimas de violência doméstica. **Revista Psicologia Jurídica**. Jan. 2016. Disponível em https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/a-atuacao-direta-do-psicologo-com-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica. Acesso em: 07 set. de 2019.

COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da filosofia**: história e grandes temas volume único. São Paulo: Saraiva. p. 107, 2010.

DATASENADO. **Violência e doméstica e familiar contra a mulher**: Pesquisa DataSenado. Junho, 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/arquivos/aumenta-numero-de-mulheres-que-declaram-ter-sofrido-violencia. Acesso em: 26 set. 2019.

DATASENADO. **Violência e doméstica e familiar contra a mulher- 2019**: Pesquisa DataSenado. Dezembro, 2019. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/comum/violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2019. Acesso em: 19 jul. 2020.

D'OLIVEIRA, A.F.P.L., SCHRAIBER, L.B**. Violência de gênero como uma questão de saúde**: a importância da formação de profissionais. Jornal da Redesaúde, nº 19, p.3-4, 1999.

DREZETT, Jeferson *et al*. Estudo de mecanismos e fatores relacionados com o abuso sexual em crianças e adolescentes do sexo feminino. **Jornal de Pediatria**, vol. 5, nº 77, p.413-9, 2001.

GONTIJO, A. **A vingança privada realizada através da Lei Maria da Penha**. Pós-graduação Lato Sensu em Direito Penal e Controle Social. Centro Universitário de Brasília. Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD Brasília, 2015.

GUIMARÃES, I. S. **A Lei Maria da Penha:** aspectos criminológicos, de política criminal e do procedimento penal. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

MOLINA, Leandro. **Campanha máscara roxa**: Pesquisa Brigada Militar/RS. Junho, 2020. Disponível em: https://www.brigadamilitar.rs.gov.br/marcara-roxa. Acesso em: 17 ago. 2020.

PARODI, A. C.; GAMA, R. R. **Lei Maria da Penha**: Comentários à Lei nº 11.340/2006. 1º edição. São Paulo: Russell. p. 60-65, 2009.

PINSKY, Jaime. **As primeiras civilizações**. 138. ed. São Paulo: Atual. p. 40-64, 1994.

PITANGUY, Jacqueline, MIRANDA, Dayse. **As mulheres e os direitos humanos**. In: PUGLIA, Júnia (Coord.). O progresso das mulheres no Brasil. Brasília: UNIFEM. p.23, 2006.

PORTO, R. da F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei 11.340/2006. Porto Alegre. Livraria do Advogado. p. 9-13, 2007.

REIS, A. A. O atendimento psicológico às mulheres em situação de violência no Centro de Referência Maria do Pará: um balanço após dois anos de funcionamento. **Rev. NUFEN** vol.2 no.1 São Paulo jun. 2010. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217525912010000100008. Acesso em: 07 set. 2019.

RIBEIRO, C. M. Intervenção psicológica em mulheres vítimas de violência doméstica. **Revista Brasileira de Psicologia**, Salvador, Bahia, 2017. Disponível em http://revpsi.org/wp-content/uploads/2018/02/Ribeiro-2017-Interven%C3%A7%C3%A3o-psicol%C3%B3gica-em-mulheres-v%C3%ADtimas-de-viol%C3%AAncia-dom%C3%A9stica.pdf. Acesso em: 20 set. 2019.

VELASCO, C.; CAESAR, G.; REIS, T**.** Cresce o nº de mulheres vítimas de homicídio no Brasil; dados de feminicídio são subnotificados**. Jornal o Globo**. 2017.

TERRA ECONOMIA. **Violência contra a mulher aumenta em meio à pandemia; denúncias ao 180 sobem 40%**. Janeiro, 2020. Disponível em: https://www.istoedinheiro.com.br/violencia-contra-a-mulher-aumenta-em-meio-a-pandemia-denuncias-ao-180-sobem-40/. Acesso em: 19 jul. 2020.

TELLES, Norma. Escritoras, escritas, escrituras. In: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das Mulheres no Brasil**. 3. ed. São Paulo, Contexto. p. 406, 2000.

URI

ERECHIM

EDIFAPES