

Jéssyka Maria Nunes Galvão
(Organizadora)

DIREITO CONTEMPORÂNEO:

desafios e possibilidades

Volume IV



AYA EDITORA
2023



Direito Contemporâneo: desafios e possibilidades

Volume IV

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Calvão
(Organizadora)

Direção Editorial

Prof.º Dr. Adriano Mesquita Soares

Organizadora

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Capa

AYA Editora

Revisão

Os Autores

Executiva de Negócios

Ana Lucia Ribeiro Soares

Produção Editorial

AYA Editora

Imagens de Capa

br.freepik.com

Área do Conhecimento

Ciências Sociais Aplicadas

Conselho Editorial

Prof.º Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva

Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí

Prof.º Dr. Aknaton Toczec Souza

Centro Universitário Santa Amélia

Prof.ª Dr.ª Andréa Haddad Barbosa

Universidade Estadual de Londrina

Prof.ª Dr.ª Andreia Antunes da Luz

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Argemiro Midonês Bastos

Instituto Federal do Amapá

Prof.º Dr. Carlos López Noriega

Universidade São Judas Tadeu e Lab. Biomecatrônica - Poli - USP

Prof.º Me. Clécio Danilo Dias da Silva

Centro Universitário FACEX

Prof.ª Dr.ª Daiane Maria De Genaro Chirolí

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Danyelle Andrade Mota

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Déborah Aparecida Souza dos Reis

Universidade do Estado de Minas Gerais

Prof.ª Ma. Denise Pereira

Faculdade Sudoeste – FASU

Prof.ª Dr.ª Eliana Leal Ferreira Hellvig

Universidade Federal do Paraná

Prof.º Dr. Emerson Monteiro dos Santos

Universidade Federal do Amapá

Prof.º Dr. Fabio José Antonio da Silva

Universidade Estadual de Londrina

Prof.º Dr. Gilberto Zammar

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Helenadja Santos Mota

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Baiano, IF Baiano - Campus Valença

Prof.ª Dr.ª Heloísa Thaís Rodrigues de Souza

Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Ingridi Vargas Bortolaso

Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof.ª Ma. Jaqueline Fonseca Rodrigues

Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Jéssyka Maria Nunes Galvão

Faculdade Santa Helena

Prof.º Dr. João Luiz Kovaleski

Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. João Paulo Roberti Junior

Universidade Federal de Roraima

Prof.º Me. Jorge Soistak

Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. José Enildo Elias Bezerra

Instituto Federal de Educação Ciência e Tecnologia do Ceará, Campus Ubajara

Prof.ª Dr.ª Karen Fernanda Bortoloti

Universidade Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Leozenir Mendes Betim

Faculdade Sagrada Família e Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.ª Ma. Lucimara Glap

Faculdade Santana

Prof.º Dr. Luiz Flávio Arreguy Maia-Filho

Universidade Federal Rural de Pernambuco

Prof.º Me. Luiz Henrique Domingues
Universidade Norte do Paraná

Prof.º Dr. Milson dos Santos Barbosa
Instituto de Tecnologia e Pesquisa, ITP

Prof.º Dr. Myller Augusto Santos Gomes
Universidade Estadual do Centro-Oeste

Prof.ª Dr.ª Pauline Balabuch
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Pedro Fauth Manhães Miranda
Centro Universitário Santa Amélia

Prof.º Dr. Rafael da Silva Fernandes
Universidade Federal Rural da Amazônia, Campus Parauapebas

Prof.ª Dr.ª Regina Negri Pagani
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.º Dr. Ricardo dos Santos Pereira
Instituto Federal do Acre

Prof.ª Ma. Rosângela de França Bail
Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais

Prof.º Dr. Rudy de Barros Ahrens
Faculdade Sagrada Família

Prof.º Dr. Saulo Cerqueira de Aguiar Soares
Universidade Federal do Piauí

Prof.ª Dr.ª Silvia Aparecida Medeiros
Rodrigues
Faculdade Sagrada Família

Prof.ª Dr.ª Silvia Gaia
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Sueli de Fátima de Oliveira Miranda
Santos
Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof.ª Dr.ª Thaisa Rodrigues
Instituto Federal de Santa Catarina

© 2023 - AYA Editora - O conteúdo deste Livro foi enviado pelos autores para publicação de acesso aberto, sob os termos e condições da Licença de Atribuição *Creative Commons* 4.0 Internacional (**CC BY 4.0**). As ilustrações e demais informações contidas nos capítulos deste Livro, bem como as opiniões nele emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a opinião desta editora.

D59896 Direito contemporâneo: desafios e possibilidades [recurso eletrônico]. / Jéssyka Maria Nunes Galvão (organizadora) -- Ponta Grossa: Aya, 2023. 248 p.
v.4

Inclui biografia
Inclui índice
Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
ISBN: 978-65-5379-227-2
DOI: 10.47573/aya.5379.2.176

1. Direito. 2. Teletrabalho. 3. Direito do trabalho. 4. Previdência social rural - Legislação - Brasil. 5. Síndrome da alienação parental – Brasil. 6. Proteção de dados - Brasil. 7. Direito à privacidade - Brasil. 8. Computadores - Medidas de segurança. 9. Direito eleitoral – Brasil. 10 Licitação pública - Legislação - Brasil. 11. Internet na administração pública – Brasil. 12. Crimes contra o meio ambiente - Brasil I. Galvão, Jéssyka Maria Nunes. II. Título

CDD: 340.07

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Bruna Cristina Bonini - CRB 9/1347

International Scientific Journals Publicações de Periódicos e Editora LTDA

AYA Editora©

CNPJ: 36.140.631/0001-53
Fone: +55 42 3086-3131
E-mail: contato@ayaeditora.com.br
Site: <https://ayaeditora.com.br>
Endereço: Rua João Rabello Coutinho, 557
Ponta Grossa - Paraná - Brasil
84.071-150

SUMÁRIO

Apresentação.....11

01

Uma proposta de regulamentação aplicada ao trabalho remoto no Brasil, case: Bradesco e Contraf.....12

Marcelo Andrade Cruz

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.1

02

Aposentadoria rural: limites e desafios para a concessão.....25

Evelyn Nayelle Martins

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.2

03

Pontos resumidos sobre os crimes contra o meio ambiente.....39

Gutemberg José da Costa Marques Cabral

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.3

04

Os prejuízos causados as crianças pela alienação parental.....51

Johny Woster dos Santos Barros

João Paulo de Sousa Oliveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.4

05

Penalização da execução fiscal: o processo criminal como instrumento de satisfação dos anseios fiscais-administrativos65

Caio Henrique Vilela Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.5

06

A influência da mídia no tribunal do júri75

Tiago de Almeida Lima

Carlos Eduardo Moraes Rocha

Franklin Vieira dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.6

07

A suspensão de despejos durante a pandemia97

Angelita Heidmann Campos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.7

08

A legalidade da celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias de terras devolutas..... 111

Márcio Rodrigo Alecio

Alyne Jandayra Eliamen da Costa

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.8

09

Cotas de gênero e raça na perspectiva do direito eleitoral e processos legislativos municipais, estaduais e federais132

Paulo Miguel Andrade

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.9

10

Direito contemporâneo: a inovação industrial e a (des)industrialização no Brasil139

Eva Letícia Ricciardi de Paula

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.10

11

Autorregulação profissional: uma análise da ADPF 183 – caso da música e poder de polícia146

Marliete Lopes dos Santos

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.11

12

Pregão eletrônico ou presencial: uma análise em empresa prestadora de serviços terceirizados156

Adilson da Rosa

Alissane Lia Tasca da Silveira

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.12

13

Lei geral de proteção de dados: a responsabilidade civil dos agentes do poder público na fiscalização de infração decorrente da violação dos direitos dos titulares167

Lucas Souza Melo
Simmel Sheldon de Almeida Lopes
DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.13

14

O perfilamento racial nas buscas pessoais: a reprodução do racismo estrutural nas revistas pessoais e o papel combativo do judiciário na superação de tais ilegalidades183

Lucas Parente Nobre
Marcos Vinícius Rainha Costa da Silva
DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.14

15

A universalização do acesso às creches como direito das famílias, das mulheres e das crianças no município de Curitiba: desafios e perspectivas197

César Bueno de Lima
Isabella Godoy Danesi
Paulo Moreira Morimoto da Rosa Júnior
DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.15

16

A proteção jurídica do autismo à luz da igualdade material.....206

Leide Daiana da Silva Marques Ribeiro
Alyne Jandayra Eliamen da Costa
DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.16

17

Análises críticas sobre o tema: delegado de polícia pode conceder a dispensa de fiança e a liberdade provisória ao preso em flagrante quando este não puder arcar com o valor mínimo legalmente estabelecido, diante de sua hipossuficiência econômica?222

Gutemberg José da Costa Marques Cabral

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.17

18

Direito e sociedade uma visão de sobrevivência236

Mario Cesar Torres Mendes

DOI: 10.47573/aya.5379.2.176.18

Organizadora241

Índice Remissivo242

Apresentação

É com grande satisfação que apresento o livro **“Direito contemporâneo: desafios e possibilidades– Volume 4”**. Esta obra traz uma série de capítulos escritos por autores de diversas áreas do Direito, que discutem temas relevantes e atuais.

Nessa Coletânea foram abordados assuntos como: regulamentação do trabalho remoto; aposentadoria rural; crimes contra o meio ambiente; alienação parental; penalização da execução fiscal; influência da mídia no Tribunal do Júri; suspensão de despejos durante a pandemia; legalidade da celebração de acordos extrajudiciais; cotas de gênero e raça; inovação industrial; autorregulação profissional; pregão eletrônico; proteção de dados; perfilamento racial; acesso às creches; proteção jurídica ao autista e liberdade provisória.

Cada um desses temas é analisado de forma objetiva e científica pelos autores, trazendo reflexões e estudos críticos sobre as possibilidades e desafios do Direito contemporâneo. Tais análises são resultado de pesquisas e experiências práticas, o que os torna ainda mais relevantes, além de contribuírem para o debate acadêmico.

Por fim, acreditamos que este livro será uma importante referência para estudantes, professores, advogados e demais profissionais jurídicos, bem como para todos aqueles interessados em conhecer e debater os desafios e possibilidades do Direito nos tempos atuais.

Boa leitura!

Prof.^a Dr.^a Jéssyka Maria Nunes Galvão



Uma proposta de regulamentação aplicada ao trabalho remoto no Brasil, case: Bradesco e Contraf

Marcelo Andrade Cruz

Advogado OAB/DF 23.575; Pós-Graduações: Ordem Jurídica e Ministério Público – Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMPDFT; Direito da Energia Elétrica – Universidade Cândido Mendes – RJ; Direito Público – Faculdades Projeção. Certificação de Especialista em Investimentos (CEA) pela Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (Anbima)

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.1

RESUMO

Este estudo objetiva tratar sobre o trabalho remoto e a viabilidade jurídica de sua adoção, seja no serviço público quanto no âmbito privado. As organizações e o próprio trabalho estão sujeitos às transformações globais que acontecem com notável velocidade, dados os avanços da ciência e da tecnologia, bem como requerem análise sobre a necessidade de implementação da modalidade em questão sempre que possíveis e compatíveis com a natureza das atividades exercidas. A adoção do trabalho remoto evidencia benefícios aos trabalhadores, bem como às organizações empregadoras, haja vista a economia de tempo e de recursos. A Pandemia COVID-19 oportunizou a implantação emergencial da atividade laboral fora das dependências da sede empregadora, mesmo sem lei específica, tendo sido constatadas funcionalidade e produtividade satisfatórios. A análise do problema aqui apresentado, sob a luz dos princípios constitucionais e do Direito do Trabalho, permite a discussão sobre a imperatividade do aproveitamento dos recursos sociais obtidos com a implementação da modalidade de trabalho remoto. Aborda-se acerca da segurança jurídica da implantação do trabalho remoto com proposição de solução normativo-regulamentadora em uma análise sistemática do ordenamento jurídico pátrio. Apresenta estudo de caso relativo à solução normativa adotada para o Teletrabalho promovida pelo BANCO BRADESCO S/A.

Palavras-chave: teletrabalho. trabalho remoto. *home office*. função social. *in dubio pro operario*.

ABSTRACT

This study aims to address remote work and the legal feasibility of its adoption, both in the public service and in the private sphere. Organizations and work itself are subject to global transformations that occur with remarkable speed, given the advances in science and technology, as well as requiring analysis of the need to implement the modality in question whenever possible and compatible with the nature of the activities carried out. The adoption of remote work shows benefits for workers, as well as for employing organizations, in view of saving time and resources. The COVID-19 Pandemic provided an opportunity for the emergency implementation of work activity outside the premises of the employer, even without a specific law, with satisfactory functionality and productivity having been verified. The analysis of the problem presented here, in the light of constitutional principles and Labor Law, allows the discussion on the imperative of taking advantage of the social resources obtained with the implementation of the remote work modality. It discusses the legal certainty of the implementation of remote work with a proposal for a normative-regulatory solution in a systematic analysis of the national legal system. It presents a case study on the normative solution adopted for teleworking promoted by BANCO BRADESCO S/A.

Keywords: telework. remote work. home office. social role. in doubt for the worker.

INTRODUÇÃO

Como uma tendência mundial de redefinição das relações de trabalho, seus regimes e demais especificidades, nada é mais notório e amplamente aplicado como o Teletrabalho.

Diversos setores e instituições adotaram esse regime como alternativa de manutenção de parte de suas atividades, naquelas em que há compatibilidade, evidentemente, e a sua impossibilidade, quando existente, está mais para residual do que majoritária.

A pandemia da COVID-19 afetou a sociedade mundial como um todo, perpassando da economia, à própria política, bem como trouxe desafios ao meio jurídico, no que concerne à legalidade das medidas restritivas e adaptativas para a superação dos espectros da crise.

O distanciamento social como medida de prevenção de contágio pela COVID-19, que ensejou entre outras medidas o trabalho remoto, deu-se de forma emergencial, todavia, após passado o ápice da crise, tornou-se medida sujeita à manutenção e, sobretudo, ampla observação e discussão, em face de sua sustentabilidade, dos benefícios verificados, incluindo avanços em matéria de produtividade e qualidade de vida dos trabalhadores.

Ocorre que, naquela oportunidade, apesar dos inúmeros decretos do Poder Executivo, em todas as unidades da federação, dada a urgência requerida, inexistiu lei específica que tratasse de matéria tão relevante, o que tem gerado discussões acerca da legalidade da continuidade de sua utilização, fora do ambiente emergencial vivenciado.

A presente discussão pauta-se na abordagem sobre a suposta insegurança jurídica para aplicabilidade, cada vez mais requerida do Teletrabalho nas entidades empregadoras, uma vez que as relações de trabalho estão sujeitas a regramento específico.

A busca da segurança jurídica normativa explícita no Brasil acerca da matéria tem significado óbice à extensão da flexibilidade experimentada nas relações de trabalho, não obstante a tendência mundial bem anterior à crise pandêmica, inclusive nos grandes centros do país.

A argumentação a respeito do tema requer, não somente a análise da situação experimentada com as medidas adotadas no COVID-19, mas também a análise de princípios do Direito Constitucional e do Direito do Trabalho, além de normas já estabelecidas, ainda que pontualmente, na legislação pátria.

Assim, apresenta-se o seguinte problema:

A adoção permanente, híbrida ou facultativa do trabalho remoto requer de lei específica?

Como solução ao problema apresentado, faz-se necessária a formulação de três hipóteses a seguir:

Hipótese 01: se a experiência verificada na pandemia COVID-19, apesar de excepcional, não continha lei específica, então a aplicação do trabalho remoto foi aceita como legítima, posto que amparada pelo ordenamento jurídico.

Hipótese 02: se o princípio da função social prescreve que, tanto para o trabalho quanto para a entidade empregadora, a busca da economia social, então os benefícios alcançados pelo

trabalho remoto encontram respaldo de imediata aplicabilidade na Carta Constitucional.

Hipótese 03: se o ordenamento jurídico admite a norma mais favorável ao trabalhador, então é legítima a adoção do Teletrabalho, mediante regulamento interno da entidade empregadora, para adesão do trabalhador, sem necessidade de lei específica autorizadora.

Para verificação das hipóteses sugeridas como solução ao problema estabelecido, será utilizada como metodologia de processamento o método científico analítico, através de pesquisa qualitativa descritiva, na busca da validação ou não das conjecturas postas, a partir dos temas relativos à conceituação técnica de Trabalho Remoto, chamando à ordem para a sua mais acertada definição; à existência de vantagens do regime de trabalho em questão; aos princípios jurídicos, a legislação vigente e sua análise sistemática.

O estudo de caso relativo à solução normativa adotada para o Teletrabalho promovida por negociação coletiva entre o BANCO BRADESCO S.A. e a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO – CONTRAF vem trazer robustez à análise proposta, haja vista experiência de sucesso em prática no país.

HOME OFFICE OU TRABALHO REMOTO COMO UM CONCEITO MAIS AMPLO

Com o avanço tecnológico, as organizações experimentaram a flexibilização de suas estruturas organizacionais para a gestão da força de trabalho, em especial a remota.

Teletrabalho, Home Office, Trabalho Remoto são terminologias que trouxeram, no início de sua utilização, uma impressão limitada em relação à verdadeira acepção que decorre da transformação que vem passando o mundo globalizado no âmbito das relações de trabalho. A real mudança não se dá de uma forma estanque de definição da modalidade de prestação dos serviços, mas uma redefinição do ambiente a ser escolhido pelo trabalhador.

Para Durães; Bridi; e Dutra (2021):

De fato, estamos imersos em novas formas de trabalho e de vida e atravessamos momento de profundas transformações, que se sobrepõem continuamente. Essas mudanças, que hoje são atribuídas às tecnologias, devem ser enxergadas também a partir de chaves sociais, culturais e econômicas diversas e existentes na história, e não apenas no sistema capitalista ocidental.

O trabalho remoto, evidentemente, não visa extinguir a central institucional ou a sede empregadora, bem como também não se restringe à residência do trabalhador.

“Será viável, ainda, que no contrato de Teletrabalho ocorra o comparecimento habitual no local de trabalho para atividades específicas”, detalha o Ministério do Trabalho por meio de seu site. (AGÊNCIA BRASIL, 2022).

O Teletrabalho, prestação de serviços além dependências do empregador, por meio de plataformas tecnológicas, também denominado *home office*, não quer significar, literalmente, que o trabalho ocorra necessariamente no lar ou residência do empregado, mas uma modalidade laborativa que permite que as pessoas trabalhem de casa ou de qualquer outro local, sem necessidade de deslocamento para a sede empregadora.

Já é bastante comum os trabalhadores fazerem uso de tecnologias para se manterem conectados à empresa e aos seus afazeres, seja em casa ou outro ambiente próprio, público ou *coworking*, não necessariamente o mesmo todos os dias.

O hibridismo, inclusive, muitas vezes adotado em um processo de transição, permite que a própria sede empregadora seja uma dessas opções do trabalhador, seja de modo agendado, por escala ou livremente.

De acordo com Agência Senado (2020):

Considera-se Teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo. Exemplos de trabalho externo são os de vendedor e motorista.

O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de Teletrabalho.

A CLT afasta as distinções entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

O mais importante a se verificar é que se trata de uma mudança inevitável a adoção do trabalho remoto cada vez mais disseminada, haja vista a constante evolução da ciência e da tecnologia que, ao longo da História, sempre redefiniram hábitos, processos e relações humanas como um todo e, notoriamente, na organização do trabalho, num dinamismo que vem desde as formas mais primitivas às mais modernas que estão por vir.

A LEGITIMIDADE DA ADOÇÃO DO TRABALHO REMOTO NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19

O isolamento social decorrente da necessidade de evitar a propagação do coronavírus levou para o trabalho remoto grande contingente do serviço público e do privado.

Primeiramente, a questão restringia-se ao trabalho no domicílio ou residência, uma vez que a preocupação inicial estava associada, especificamente, à contenção como medida para se evitar a circulação de pessoas e, conseqüentemente, do vírus.

Com o avanço dos índices pandêmicos, bem como a extensa duração do período vivido em crise sanitária, foram editados diversos decretos dos poderes executivos das unidades da federação, bem como outras normas infralegais, no intuito de implementar, ainda que emergencialmente, o trabalho remoto.

O distanciamento social como o foco converteu-se, rapidamente, em aproximação digital. Assim, a pandemia impulsionou o processo de digitalização que já vinha avançado, posto que se requeria maior velocidade de implementação.

A crise do COVID-19 testou as tecnologias e plataformas já existentes, de modo urgente e concentrado, bem como tornou evidente que o trabalho remoto tem plena funcionalidade.

Assim questiona a Agência Senado (2020):

Não há dúvida, portanto, de que a pandemia explicitou, pelo menos em parte, as potencialidades das atividades laborais exercidas remotamente (ver infográfico). Caberia agora às empresas e aos empregados simplesmente aproveitarem ao máximo a economia de custos e as vantagens do trabalho executado em horários e locais flexíveis?

Ao se avaliar para os e contras do trabalho remoto, torna-se evidente que os fatores ainda considerados adversos são decorrentes da fase adaptativa, mas que podem ser superados com os ajustes necessários e intuitivos, com a utilização das tecnologias já disponíveis, tal como ocorreu na fase pandêmica.

Por outro lado, o trabalho remoto não se trata de desconstrução dos limites entre esfera do trabalho e esfera do privado, mas condição adaptativa com benefícios evidentes, todavia, como toda evolução saudável, com necessidades e contratempos práticos para sua plena aplicação.

A premência da adoção do Teletrabalho na crise sanitária mostrou que o empenho em superação material ou prática de sua utilização não formam os únicos óbices superados de modo bem-sucedido. Também a ausência de lei específica não poderia ser objeto de produção imediata, primeiramente, tendo em vista o moroso e burocrático processo legislativo, bem como que a dinâmica das transformações fomentadas pela crise exigiu constantes adaptações, sob pena de obsolescência precoce do ato normativo.

Os decretos ou regulamentos são atos jurídicos expedidos pelo Chefe do Executivo que inserem, no sistema do direito positivo, normas gerais que têm por finalidade a complementação da lei ou da própria Constituição, quando exigido o desenvolvimento de atividade administrativa, essa na sua acepção mais abrangente possível.

É notório que o decreto, ato administrativo exclusivo do chefe do Executivo, sempre em situação inferior a lei, não pode contrariá-la. Por se tratar de ato infralegal, um decreto não pode se sobrepor à lei, sob pena de lhe retirar o fundamento de validade.

Os decretos expedidos no período da pandemia poderiam ter sua legalidade questionada, caso inexistente lei que o sustentasse ou estabelecesse limites ao seu alcance. Tal não ocorreu, até porque esses decretos não tiveram o condão de atingir a CLT ou qualquer outro diploma legal, ou ainda a liberdade do setor privado, mas, tão somente, deu cumprimento à prerrogativa dos chefes dos respectivos Poderes Executivos de auto-organização e de auto legislação, sendo-lhes conferido o direito de se reger por sua Constituição e pelas leis que editarem na esfera de sua competência.

Logo, constata-se, pela ausência de questionamento válido dos decretos instituídos para essa finalidade, ainda que não tenham sido emanados com o objetivo de se obter mais eficiência ou economia de recursos nas relações de trabalho, mas para o mister de isolamento social, que eles não violaram a legalidade nem mesmo a constitucionalidade.

Assim, verifica-se que a hipótese 01 acima formulada é válida uma vez que, face à inexistência de declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade desses decretos ou regulamentos, a experiência verificada na pandemia COVID-19, apesar de excepcional, ainda que sem lei específica, consagra a legítima adoção do trabalho remoto, posto que amparada pelo ordenamento jurídico e as instituições democráticas.

VANTAGENS E BENEFÍCIOS DO TRABALHO REMOTO E O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

Uma primeira verificação de benefício aos trabalhadores com a adoção do Teletrabalho está evidente na redução ou eliminação dos deslocamentos. Tal aspecto, por si só, já representa significativa melhoria na qualidade de vida do trabalhador, bem como reflete na redução do fluxo do trânsito das cidades, já tão congestionado, além da carência de estacionamentos, implicando evidente melhoria para a sociedade como um todo.

Tal benefício, só para exemplificar, aliado à flexibilidade dos horários e ao resgate do convívio familiar também contribuem de forma significativa na qualidade de vida dos trabalhadores.

Outro fator relevante decorrente da supressão do deslocamento às dependências do empregador está inerente à economia de tempo e de recursos necessários ao regime presencial. A economia de tempo e de recursos ocorre, tanto por parte do trabalhador, quanto para o lado do empregador, sendo que a avaliação do custo a ser reduzido, revela a importância da questão gerencial dos recursos de toda uma comunidade.

Carvalhosa (2009), assim estabelece:

Na composição dos diversos interesses imbricados na atividade societária encontram-se os coletivos. Cabe ao administrador proporcionar meios de maximização dos lucros sociais, desde que atendidas as exigências do bem público. Não se trata, pois, de superar o aspecto contratual de lucratividade para levar em conta outros interesses. O que deve nortear a conduta do administrador é a harmonização dos fins sociais com os demais interesses da comunidade.

Observa-se que as críticas negativas ao regime de Teletrabalho são facilmente desconstruídas quando contraditadas com os evidentes benefícios mencionados, revelando-se como posturas reacionárias que sempre ocorreram perante os avanços do progresso.

Assim, a equação entre vantagens e desvantagens do Teletrabalho, por qualquer prisma, traz implícita economia ao obreiro e à empresa ou entidade empregadora, tornando-se inquestionável e inarredável uma atenção especial para com a temática da utilização dos recursos, sejam eles patrimônio humano ou monetário, empresarial ou institucional.

O capitalismo historicamente precisou do trabalho coletivo, feito por diversos trabalhadores de forma combinada, geralmente concentrado num ambiente ou dependências da sede empregadora. Com a possibilidade de reversão dessa estrutura na obtenção de economia sistêmica, nem mesmo esse modo de produção admite seja desprezada a clara economia de recursos e de tempo, que, em sua última análise, sobretudo à luz do clichê capitalista, constitui evidente monetização.

Ferreira; Morais (2015) defende de forma categórica essa responsabilidade intrínseca à função social das instituições empregadoras:

Enfim, é latente que a função social da empresa tem características implícitas e explícitas na sociedade, haja vista que incentiva o melhor tratamento de trabalhadores em geral, bem como influencia na relação social e na transformação dela como um todo. (FERREIRA; MORAIS 2015)

Essas questões devem ser discutidas sobre o crivo da Função Social, princípio insculpi-

do na Constituição Federal, uma vez que toda a economia de recursos gerada numa gestão do trabalho e suas relações não pode ser preterida, considerando não somente a função social do trabalho, no caso em prol de melhores condições ao trabalhador, mas também tendo em vista a função social da empresa ou entidade empregadora.

Nesse raciocínio, sempre que a utilização de meios tecnológicos disponíveis tornarem viável a adoção do trabalho remoto, com suas notáveis benesses, ele deverá ser propiciado, mais em regra do que como faculdade. Principalmente quando a utilização dos recursos tecnológicos atingir a finalidade pretendida com o labor, com a mesma eficácia ou até maior, como foi amplamente constatado o aumento da produtividade nos serviços.

Não obstante a notoriedade do avanço na produtividade em experiências com o Teletrabalho, pode-se comprovar, apenas a título exemplificativo, conforme mencionou Goulart (2009, p. 193):

Observou-se um aumento no nível da produtividade com a nova modalidade de trabalho. Ainda que se levasse em conta a grande experiência que o SERPRO tem em sua área fim, percebeu-se um avanço com a proposta de instituir o modelo do programa Teletrabalho como um recurso e uma estratégia para a empresa, não somente como forma operacional de flexibilização do trabalho, mas principalmente para obtenção de aumento de produtividade, economia de recursos de logística para empresa e maior qualidade no produto para o cliente.

Nessa toada, a testagem da **hipótese 2**, tem sua validação decorrente do fato de que o cumprimento de metas teleológicas dos princípios constitucionais não requer lei específica para a adoção do trabalho remoto, sempre que sua viabilidade for constatável pelo gestor público, uma vez que já encontra respaldo na Magna Carta, deixando de ser mera liberalidade, mas, sim, obrigação dos gestores públicos e privados, em interpretação conforme à Constituição Federal.

A ausência de lei própria para o atingimento desses princípios constitucionais, caso necessárias fossem, já teria sido objeto de impetração de mandados de injunção, para fazer valer os direitos assegurados pela Constituição e que precisariam de uma lei específica para serem implementados ou exercidos.

Tal não ocorreu, posto que já é evidente a possibilidade de utilização de decretos, regulamentos ou normas internas, para a adoção do trabalho remoto, seja em sua forma híbrida, facultativa ou geral, quando compatível com a natureza da atividade, respeitadas as jornadas de trabalho já prescritas em lei, conforme cada caso.

A economicidade do obreiro e da empresa ou entidade empregadora, seja pública ou privada, já encontram esteio constitucional para sua plena implementação mediante atos infralegais, sem violação das leis vigentes.

A redução dos impactos sociais e ambientais estão acima do mero formalismo legalista, uma vez que o atingimento das metas programáticas definidas na Magna Carta suplanta tal apego positivista.

Não bastassem tais argumentos, a própria CLT já foi adequada de forma pontual para garantia de direitos dos trabalhadores sujeitos ao Teletrabalho, tal como preconizou o Projeto de Lei Conversão nº 21, de 2022 (MP nº 1108, de 2022), que dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação da Consolidação das Leis do Trabalho, e dá outras providências.

Tramita, inclusive, o projeto de lei, PL 3.512/2020, de autoria do senador Fabiano Contarato (Rede-ES), que pretende obrigar a sede empregadora a munir os trabalhadores de equipamentos tecnológicos e de infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto e determinar o reembolso de despesas com energia elétrica, telefonia e de uso da internet relacionadas à prestação do trabalho.

A proposição, caso sancionada, busca sua concretização prática, por meio de mera previsão ou alteração de contrato ou termo aditivo. Ou seja, normas regulamentadoras de *status* infralegal já são hábeis para a concretização de medidas que podem ser implementadas desde já, de modo espontâneo, pelas unidades gestoras de serviço público ou privado, sem constituir qualquer violação às leis já vigentes.

O Princípio da Função Social, seja ele aplicável ao trabalho em si, à entidade empresarial ou orgânico-pública, nesses termos abordados, não requer para seu atingimento, norma legal autorizadora, posto que se trata de busca de atingimento, evidentemente benéfica, das diretrizes constitucionais insculpidas.

O TELETRABALHO E O PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO OPERARIO*

No intervalo recém-experimentado de aproximadamente dois anos de pandemia, havia a fundamentação regulamentar, seja por decretos do Poder Executivo ou regulamentos extraordinários neles fulcrados, o que garantia coletiva segurança jurídica para aquela oportunidade.

Passada a fase crítica, com a suspensão dos decretos e regulamentos mencionados, restou uma insegurança das entidades empregadoras, face a uma suposta ausência de norma regulamentadora ou vácuo legislativo que autorizasse a adoção de tal regime ou modalidade de trabalho.

O receio que tem prevalecido é o de que a adoção da modalidade de trabalho remoto venha a constituir violação dos critérios legais de jornada de trabalho, o que sujeitaria as entidades empregadoras às cominações de ordem trabalhista ou estatutária, seja por constituir horas extra jornada ou invasão indevida do trabalho ao ambiente particular das pessoas.

Assim, os gestores e os corpos diretivos das entidades empregadoras e instituições públicas têm manifestado receio de violar as normas e garantias trabalhistas ou estatutos de servidores com a adoção de trabalho remoto como regra ou como faculdade concedida aos empregados para cuja atividade seja plenamente aplicável.

Todavia, inexistente lacuna legislativa para a aplicação do trabalho remoto, posto que já houve a efetiva previsão legal no âmbito privado, no que concerne à alteração legislativa, por parte dos trabalhadores regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por meio das mudanças introduzidas pela Lei 13.467/2017, as quais prescrevem o seguinte:

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de Teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de Teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de Teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (CLT, Art. 75-C, alterada pela Lei 13.467/2017).

Logo, há a possibilidade de aditamento contratual dos contratos já em vigência, por mútuo acordo entre as partes, sobretudo por se tratar de norma de aderência facultativa do trabalhador. Também é plenamente admissível a possibilidade de aprovação de Acordo Coletivo de Trabalho, incluindo, alternativamente, o regime de Teletrabalho como benefício.

Além disso, importante ressaltar que a jornada de Teletrabalho, desde que observadas as mesmas condições previstas na CLT, quais sejam, máximo de oito horas diárias, com a possibilidade de duas horas-extras entre outras, garante a manutenção das regras gerais aos trabalhadores em trabalho remoto, sem perda de benefícios e sem extrapolação de jornada ou 'invasã' domiciliar indevida.

Nesse caso, não há que se falar em violação de leis trabalhistas, posto que fica afastada a previsão do inciso III, do art. 62, do Decreto-Lei 5.452/1943, que excluía os trabalhadores em regime de Teletrabalho das regras da CLT, no que diz respeito à jornada.

Tal é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (2020):

A previsão legal para o Teletrabalho aparece no artigo 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que afasta as distinções entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. O parágrafo único do dispositivo, introduzido em 2011, estabelece que "os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio"

A presente proposta encontra pleno respaldo na aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, o que é plenamente preconizado como princípio do Direito do Trabalho, cessando a insegurança jurídica suscitada, uma vez que não há dúvidas quanto ao respeito ao diploma legal trabalhista.

Inclusive, porque a dúvida que se pudesse suscitar em relação à exclusão prevista no inciso III, do art. 62, do Decreto-Lei 5.452/1943, seria imediatamente eliminada pela integração com o **princípio *in dubio pro operario***, posto que haveria espontânea adesão à norma mais benéfica ao trabalhador.

Assim, o instrumento infralegal regulamentador é a própria formalização em contrato de trabalho, para as novas contratações, ou, por meio de termos aditivos aos contratos já vigentes.

Inclusões de outros benefícios como reembolsos de despesas ou o fornecimento de equipamentos de tecnologia, em comodato, aos trabalhadores, por exemplo, caso pretendidas, também encontrariam amparo no referido princípio e na norma adicional, ainda que infralegal, posto que mais benéfica aos obreiros.

Rodriguez (2000, p. 48) sustenta que existem três possibilidades para a aplicação da condição mais benéfica:

a) norma aplicável a uma situação concreta, entre várias de possível aplicação; b) situação geral, de fato ou de direito, para todos os trabalhadores ou para os de uma mesma profissão; c) situação particular de fato, voluntariamente outorgada pela empresa, ou de direito, concedida pela lei anterior. A primeira das acepções é a hipótese na qual atua a regra anterior dentre essas normas, aplicando-se ao trabalhador a mais benéfica, em

razão do caráter tutelar que inspira o legislador e, portanto, seu intérprete. A segunda é uma consequência da eficácia dos usos e costumes que, como fontes do direito, vêm, em suma, a integrar-se no mesmo problema anterior. Somente resta, portanto, como específica, a terceira situação. (RODRIGUEZ 2000, p. 48)

Enseja-se, portanto, a verificação da Hipótese 03, também sugestionada como solução ao problema apresentado, cuja validação encontra abrigo no Princípio do Direito do Trabalho, qual seja o *In dubio pro operario*, pois, a admissão de norma mais favorável ao trabalhador, legitima a adoção do Teletrabalho, mediante regulamentos infralegais das entidades empregadoras, para adesão do trabalhador, sem necessidade de lei específica autorizadora.

Deste modo, é reconhecida a verificação da relação empregatícia, independentemente de o empregado prestar serviços em seu domicílio ou à distância, pois o legislador se preocupou em inserir um conceito de Teletrabalho, como prestação de serviços fora da sede da empresa, sendo necessária a utilização de meios telemáticos em sua execução.

Ressalte-se que, ausente a supressão dos benefícios gerais previstos ao regime presencial, a adoção do trabalho remoto, de modo algum, ensejaria violação de garantias trabalhistas, até porque, as violações poderiam ocorrer tanto no regime de Teletrabalho quanto no regime tradicional, sujeitando, em quaisquer casos, os violadores, às sanções cominadas na legislação vigente.

O Acordo Coletivo de Trabalho - ACT, documento normativo que funciona como pacto entre um sindicato de determinada categoria de trabalho de uma ou mais empresas, também é alternativa hábil para a regulamentação do trabalho remoto, especificando suas condições aplicáveis no âmbito das empresas acordantes, regulamentando o relacionamento entre empresa e empregados.

A lição de Barros (2011, p. 1000) elucida o alcance do ACT como cláusulas normativas cujo conteúdo integrará os contratos individuais:

[...] instituem benefício individual, como reajuste salarial, férias, jornada, indenização, estabilidade, prêmios, etc.; as que dizem respeito às formalidades que devem ser observadas na celebração da convenção, como, por exemplo, a exigência de forma escrita, a obrigatoriedade de readmissão de trabalhadores dispensados em decorrência de participação em movimento grevista; as normas solidárias, que instituem benefícios para o empregado, como membro da empresa, ou seja, normas sobre higiene e segurança do trabalho; as normas relativas à constituição interna da empresa, entre elas as que dispõem sobre comissões de arbitragem e conselhos de empresas e as normas referentes a instituições comuns, nas quais se enquadram as que dispõem a respeito da previdência. (BARROS, 2011, p. 1000)

Por meio do ACT, obtém-se a mesma segurança jurídica para a implantação do trabalho remoto que aquela realizada pela alteração dos contratos individuais de trabalho, porém, figura-se como medida mais prática, pois, por meio de um único ato normativo, toda a categoria que se enquadra à modalidade de trabalho remoto pode ser contemplada.

No anexo do presente artigo é apresentado como exemplo o ACT firmado entre BANCO BRADESCO S.A. e a CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES DO RAMO FINANCEIRO – CONTRAF, o qual constitui excelente regulamentação do Teletrabalho, com avanços significativos e êxito comprovado.

No que concerne ao setor público, o poder regulamentar é pleno, por meio de decretos do poder executivo, conforme já argumentado no item 2 do presente artigo, pois trata-se de prer-

rogativa dos chefes dos respectivos Poderes Executivos de auto-organização e de auto legislação, sendo-lhes conferido o direito de se reger por sua Constituição e pelas leis que editarem na esfera de sua competência, tal como ocorrido na experiência da Pandemia COVID-19.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As três hipóteses formuladas foram validadas conforme a metodologia de processamento adotada, sendo que a resposta ao problema formulado encontrou supedâneo nos seguintes aspectos.

Ocorreu respaldo fático de experiência legislativa infralegal verificada no contexto da PANDEMIA COVID-19, cuja produção permitiu a operação dos serviços em Teletrabalho, quando já aplicáveis à natureza das atividades contempladas, bem como figurou como ato jurídico perfeito, gozando, pois, de legalidade e legitimidade.

Aliado a esses fatos vivenciados, a produção normativa perpetrada pelo BANCO BRDESCO S.A., em negociação coletiva, corrobora a eficácia da regulamentação proposta, cuja técnica e resultados ilustram a solução que gozou de excelência para esse mister.

A Constituição Federal Brasileira, por mais analítica que seja, não preverá de forma exauriente e pormenorizada todos os caminhos para a realização de suas metas programáticas, contudo, seus princípios norteadores, ressalte-se o da Função Social que é aplicável à propriedade, ao trabalho e às empresas, endossam a imediata adoção do trabalho remoto como medida eficaz e garantidora da promoção do bem-estar das pessoas, da eficiência e da economia social

Por sua vez, o princípio *in dubio pro operario* vem elidir toda e qualquer insegurança jurídica à aplicação da modalidade de trabalho em questão, desde que observada a manutenção dos benefícios aplicados ao regime tradicional, bem como as formalidades prescritas na Consolidação das Leis de Trabalho – CLT e nos Regimes Estatutários respectivos, dispensando, salvo para maiores avanços, lei específica autorizadora para tal implementação.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. Conheça as regras previstas na MP que regulamenta o trabalho remoto.

Fonte: Agência Brasil. Março de 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-03/conheca-regras-previstas-na-mp-que-regulamenta-o-trabalho-remoto#>.

AGÊNCIA SENADO. Teletrabalho ganha impulso na pandemia, mas regulamentação é objeto de controvérsia. Fonte: Agência Senado. Julho de 2020. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/teletrabalho-ganha-impulso-na-pandemia-mas-regulacao-e-objeto-de-controversia>. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DURÃES, Bruno; BRIDI, Maria Aparecida da Cruz; DUTRA, Renata Queiroz. O Teletrabalho na pandemia da covid-19: uma nova armadilha do capital? Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/>

b56QNc5Fq73NVbkjZSH3hjj/. Setembro de 2021. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

FERREIRA, Carolina Iwancow; MORAIS, Jean Carlos de. Função social da empresa na teoria geral do direito. Fonte: Rev. Fac. Dir. Sul de Minas, Pouso Alegre, v. 31, n. 1: 55-76, jan./jun. 2015. Disponível em: file:///C:/Users/User/Desktop/ARTIGO%20CIENT%3%8DFICO%20-%20TRABALHO%20REMOTO/ARTIGOS%20ACAD%3%8AMICOS/FUN%3%87%3%83O%20SOCIAL%20DA%20EMPRESA.pdf. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

GOULART, Joselma Oliveira. Teletrabalho: Alternativa de trabalho flexível. Brasília: Senac, 2009.

RICHARDSON, Roberto Jarry. Pesquisa social: métodos e técnicas. Editora: São Paulo: Atlas, Edição: 4. ed. rev. atual. amp., 2017.

YIN, R. Estudo de caso: planejamento e métodos. 4. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTR, 2000.

SINDICATO DOS BANCÁRIOS, Acordo Coletivo de Trabalho Aditivo Teletrabalho. Disponível em: https://spbancarios.com.br/sites/default/files/anexos/act_teletrabalho_bradesco.docx.pdf. Novembro de 2022. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Especial Teletrabalho: o trabalho onde você estiver. Fonte: Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/teletrabalho>. Dezembro, 2020. Acesso em 23 de fevereiro de 2023.

Capítulo

02



Aposentadoria rural: limites e desafios para a concessão

Evelyn Nayelle Martins

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.2

RESUMO

O presente estudo trata das dificuldades que o produtor rural enfrenta para garantir sua aposentadoria, assim como, aborda sobre a aposentadoria rural e suas particularidades. O produtor rural, antes da Constituição de 1988, era uma classe trabalhadora esquecida, não tendo um regime próprio para se segurar. Com o passar do tempo, e o avanço das Leis, surgiu a Lei 8.213/91 que relata sobre a concessão da aposentadoria, onde inclui o produtor rural, garantindo sua aposentadoria, bem como os auxílios, se necessário, sendo fundamental que o segurado se enquadre nas exigências que a lei traz para obter o seu direito à aposentadoria.

Palavras-chave: auxílio. lei. segurado especial. previdência. produtor rural.

ABSTRACT

This study deals with the difficulties that the rural producer faces to guarantee his retirement, as well as, addresses about rural retirement and its particularities. The rural producer, before the 1988 Constitution, was a forgotten working class, not having its own regime to insure itself. With the passage of time, and the advancement of Laws, Law 8.213/91 emerged, which reports on the granting of retirement, which includes the rural producer, guaranteeing his retirement, as well as the aid, if necessary, being essential that the insured fits the requirements that the Law brings to obtain your right to retirement.

Keywords: aid. law. special insured. pension. rural producer.

INTRODUÇÃO

Este estudo aborda sobre as particularidades que o produtor rural enfrenta para ter direito a sua aposentadoria, assim como as exigências que a lei traz para essa garantia. Não é tão fácil para o segurado especial garantir esse direito, tendo em vista que a maioria dos trabalhadores rurais moram em lugares distantes da cidade, considerando que nas comunidades ribeirinhas a dificuldade ainda é maior, prejudicando assim o acesso às informações necessárias.

A legislação vigente traz os tipos de segurados existentes, tendo em vista que para o trabalhador rural, que tira o seu sustento e o de sua família daquilo que trabalha, é considerado pela legislação como segurado especial.

Com várias outras particularidades, o trabalhador rural recebe características dessemelhantes do trabalhador urbano em relação a sua aposentadoria, por se tratar de um trabalho braçal, onde passa a maioria do seu tempo no campo, expondo-se ao sol, chuva, calor, e demais fatores que tornam tal trabalho mais árduo.

Um exemplo de diferença das exigências é a idade, com a reforma da previdência em 2019, enquanto um trabalhador urbano precisa ter no mínimo 65 (sessenta e cinco) anos para os homens, e, 62 (sessenta e dois) para as mulheres, o trabalhador rural precisar ter no mínimo 60 (sessenta) anos para os homens, e, 55 (cinquenta e cinco) para as mulheres, onde ambos os trabalhadores precisam ter uma carência de 180 (cento e oitenta) meses para ter direito à

aposentadoria.

Dessa maneira, o presente artigo apresenta um pouco da história da previdência rural brasileira, assim como, os seus benefícios e principalmente as dificuldades que os trabalhadores rurais enfrentam para ter acesso à aposentadoria, mostrando quem se enquadra como segurado especial para ter a obtenção do benefício.

HISTÓRIA DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Em meados dos anos de 1888, o Brasil adentrou no sistema previdenciário, beneficiando apenas os considerados importantes para o império. Mas somente em 1923 é que o país consegue um enorme marco para o que conhecemos hoje como previdência social.

Considerado o marco inicial da história da previdência vigente no Brasil, o decreto legislativo 4.682/23, mais conhecido como Lei Eloy Chaves, publicado no dia 24 de janeiro de 1923, foi a norma com que fez o sistema crescer, chegando no que conhecemos na atualidade, auxiliando milhões de brasileiros, pagando aposentadorias, pensões e outros benefícios tanto no setor público como privado. A citada lei criou a CAP – Caixas de Aposentadorias e Pensões, direcionados na época para os ferroviários de cada uma das empresas da época. Foi sancionada pelo presidente Arthur Bernardes, levando o nome do deputado federal paulista que a criou. Na época, o empregado precisava ter 50 anos e 30 anos de trabalho no setor ferroviário para a concessão de sua aposentadoria.

Entretanto, houve grandes dificuldades para que o projeto de aposentadoria saísse do papel realmente, vários empresários tentavam burlar a lei para que o pagamento não fosse realizado de maneira adequada como citava a legislação. Conforme o senador Irineu Machado, que quando jovem trabalhava na Estrada de Ferro central do Brasil, pautou várias irregularidades no pagamento em que empresas ferroviárias prestavam aos seus trabalhadores, como ferrovias que não depositavam a contribuição na CAP, ou até mesmo depositavam, mas acabavam gastando sem supervisões.

Com isso, sucedeu que vários trabalhadores insatisfeitos com o que desenrolava em relação ao cumprimento da citada lei acabaram realizando greves nas estradas de ferro, o que acarretou vários prejuízos para as empresas e o país em si, pois era na época o principal meio de transporte. Com isso, nota-se que o cumprimento da lei não veio por benevolência, mas sim pelas insistências dos trabalhadores para que seu direito fosse realmente alcançado, direitos hoje que são os básicos do trabalhador, notando-se, portanto, que tantas pessoas sofreram para que hoje obtivéssemos o tão almejado direito básico de um trabalhador.

Porém, com o decorrer do tempo, muitos trabalhadores em outras áreas não se alegraram com a nova lei e afirmaram que a legislação favorecia apenas uma determinada classe. Por conta de várias reclamações, Eloy Chaves afirmou ao povo que “era apenas o primeiro degrau de uma longa escada”. E de fato, os outros degraus vieram, com a lei Eloy Chaves a previdência deu um grande salto e foi evoluindo para o que conhecemos hoje.

Depois da promulgação da Lei Eloy Chaves e a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensão no setor ferroviário, vieram outras evoluções no setor previdenciário, como, por exemplo, nos anos de 1920 a 1930 houve a extensão das CAPs para outros setores como o portuário, a

navegação marítima e a aviação.

Nos anos de 1933 houve a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs) onde beneficiaram-se os bancários, os comerciários e os industriários. Já em 1960, houve a unificação das regras das CAPs e do IAPs, onde houve a fixação de um valor máximo para os benefícios e as contribuições.

Ao decorrer dos anos sucedeu à extinção das CAPs e dos IAPs, na qual foram incluídos no Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), onde em 1990 foi modificada para a qual conhecemos hoje como Instituto Nacional de Seguro Social (INSS).

O QUE É O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO

A Constituição Federal de 1988, foi a primeira a abordar sobre a saúde, a assistência social e a previdência em um único sistema de proteção. Com isso, a lei básica dispõe sobre a ordem social, que procura o bem-estar e justiça sociais. Com isso, institui-se a seguridade social, que, conforme o artigo 194 da Constituição Federal, dispõe ser um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Desse modo, a Constituição Federal aborda, sobre a previdência social em seu artigo 201, o seguro social que auxilia na aposentadoria dos brasileiros destinados aos trabalhadores, visando garantir um determinado sustento mesmo após anos do período de trabalho, sendo obrigatório. Sendo, pois, a única proteção social que exige uma contribuição do segurado, onde também protege o trabalhador se algo acontecer perdendo sua renda por alguma doença, invalidez, entre outros. Tendo por objetivo não somente a aposentadoria, mas alguns benefícios como também o auxílio-doença, salário-maternidade e pensão por morte.

Com isso, existem os regimes básicos da Previdência Social no Brasil, sendo o RGPS – Regime Geral da Previdência Social e RPPS – Regime Próprio da Previdência Social, onde são estipuladas as regras para as aposentadorias e demais benefícios.

Se tratando do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), é o regime que abrange todos os trabalhadores da iniciativa privada, destinado aos trabalhadores de carteira assinada, trabalhadores urbanos e rurais, empregados domésticos e trabalhadores autônomos, ou seja, trabalhadores que são regidos pela CLT - Consolidação das Leis do Trabalho, e também pessoas que contribuem para o RGPS, nomeados como segurados facultativos.

O RPPS é o regime dos servidores públicos ocupantes de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como os das autarquias e fundações públicas. Por conta disso, cada ente tem autonomia para definir suas regras e regimes, tendo como base a constituição federal.

Previdência rural brasileira

Até o ano de 1963, 40 anos depois que surgiu a primeira proteção previdenciária aos trabalhadores, os rurais não tinham adentrando no sistema previdenciário brasileiro. Com a criação do Estatuto do Trabalhador Rural pela lei 4.214 de 2 de março de 1963 é que os trabalhadores

rurais começaram a ser notados. Com isso houve a criação do Fundo de Assistência ao Trabalhador Rural (FUNRURAL).

Entretanto, em 1971, com a Lei Complementar nº 11, de 25 de maio, houve a revogação da Lei nº 4.214/1963, onde trouxe o Programa de Assistência ao Trabalhador Rural (PRORURAL) que ampliou a previdência rural aos demais trabalhadores e também incluiu a aposentadoria por invalidez e velhice, pensão por morte e proteção à saúde. O custeamento para a manutenção do PRORURAL, se dava pela contribuição de 2% sobre o valor da comercialização do produto vendido.

Foi a partir de então, que a aposentadoria rural do Brasil começou a dar seus primeiros passos. E com isso, segundo o parágrafo 1º do artigo 1º da citada lei, caberá a execução do PRORURAL ao FUNRURAL, na qual é atribuída personalidade jurídica de natureza autárquica.

Com a Lei, nota-se que o trabalhador rural teve reconhecimento como segurado da Previdência Social, onde até hoje goza desses direitos, e conforme o artigo 2º da citada Lei, os direitos explícitos são:

Art. 2º O Programa de Assistência ao Trabalhador Rural consistirá na prestação dos seguintes benefícios:

- I – Aposentadoria por velhice;
- II – Aposentadoria por invalidez;
- III – pensão;
- IV – Auxílio funeral;
- V – Serviço de saúde;
- VI – Serviço social. (BRASIL, 1971)

E, além disso, os benefícios não podiam ser menores que um salário mínimo vigente. Ademais, o direito de aposentadoria, onde antes da lei 8.213/91 eram somente concedidos aos homens, também se estendeu para as mulheres.

Com o passar dos anos, e com várias alterações nas leis para a melhoria da aposentadoria do trabalhador rural, a Constituição de 1988 trouxe avanços, onde antes os trabalhadores rurais eram mantidos à margem das conquistas, hoje são tratados de modo especial pela constituição vigente. A Constituição Federal de 1988 inclui tanto para o trabalhador urbano como o rural os direitos sociais elencados no artigo 7º e seus incisos, mostrando o avanço que a legislação e o trabalhador rural obtiveram.

Ao trabalhador rural é assegurado o direito de aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) anos para os homens, e 55 (cinquenta e cinco) anos para as mulheres, e também aos que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, como o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal, conhecidos como segurados especiais, conforme menciona o inciso II, § 7º, do artigo 201 da Constituição federal.

Com isso, nota-se o avanço que a legislação teve se tratando do trabalhador rural, alcançando várias conquistas, que gradualmente vão crescendo cada dia mais, para melhor atender as necessidades de pessoas que muitas vezes trabalham nos campos e não tem fácil acesso

às cidades e tão pouco escolaridade, onde muitas vezes nem sabem que podem garantir tais direitos e benefícios.

REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL – RGPS

A Carta Magna, em seu artigo 201 nos traz que “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

O Regime Geral de Previdência Social - RGPS é um seguro público, administrado pelo Instituto Nacional do Seguro Nacional - INSS, que abrange todos os trabalhadores, urbanos e rurais, de iniciativa privada, ou pública que não estejam filiadas em regime próprio, que possuem vínculo empregatício pela Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A contribuição para quem se enquadra nesse regime é de caráter obrigatório, onde será descontado todo mês no salário do contribuinte, na folha de pagamento, variando conforme o ganho de cada trabalhador.

O Regime Geral de Previdência Social é regulamentado pela Lei nº 8.213/91, a qual tem por objetivo atender os trabalhadores nas situações previstas no artigo 1º, na qual nos diz:

A previdência social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte de quem dependia economicamente. (BRASIL, 1991)

Portanto, o Regime Geral de Previdência Social oferece aos seus segurados uma proteção, por meio de benefícios, para terem, se algo acontecer futuramente, uma renda para si e seus familiares, para não vir a passar por necessidades, tendo em vista que o segurado não está apto para a atividade laborativa, não podendo garantir o seu sustento e o de sua família.

OS BENEFÍCIOS DO REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

A proteção previdenciária visa à garantia de subsistência dos seus beneficiários em razão de eventos que lhes diminuem ou eliminam a capacidade de autossustento. (DIAS, EDUARDO R. 2012). Os benefícios previdenciários são um direito de todo cidadão que contribui para a previdência, dado ao trabalhador que preenche os requisitos legais.

Os benefícios do Regime Geral da Previdência Social estão listados no artigo 18 da Lei nº 8.213/91, no qual preceitua:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - Quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição;

d) aposentadoria especial;

e) auxílio-doença;

f) salário-família;

g) salário-maternidade;

h) auxílio-acidente;

II - Quanto ao dependente:

a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

Seguindo o artigo, a alínea “a” refere-se à aposentadoria por invalidez, estando abordada nos artigos 42 a 47 da Lei 8.213/91, que é quando o segurado sofre algum desazo que o impeça de trabalhar totalmente, onde o mesmo não consegue exercer suas atividades laborais que garanta a sua subsistência e em casos específicos o de sua família.

A alínea “b” refere-se à aposentadoria por idade onde o segurado chega em uma idade avançada, aquela fixada em lei, exigida para a concessão do benefício, estando expressa nos artigos 48 a 51 da supracitada Lei.

A aposentadoria por tempo de contribuição, estando na alínea “c” do supracitado artigo, é o benefício devido ao segurado que alcança um período mínimo de tempo de contribuição ao sistema previdenciário brasileiro, substituindo a “aposentadoria por tempo de serviço” que era existente antes da reforma previdenciária (VALENCIANO, DIELES, 2017).

Voltando-se ao auxílio-doença, é o benefício ao segurado que se encontra incapaz de exercer suas atividades do trabalho por mais de 15 (quinze) dias consecutivos. Nas palavras de Ibrahim (2018, p. 628):

[...] benefício não programado, decorrente da incapacidade temporária do segurado para o seu trabalho habitual. Porém, somente será devido, para empregados, se a incapacidade for superior a determinado lapso temporal, fixado em dias [...].

O salário família é o auxílio concedido a trabalhadores de baixa renda que possuem filhos de até 14 (quatorze) anos que possuam alguma deficiência ou invalidez, é, pois, uma complementação que ajudará nas despesas da família.

O salário maternidade é o benefício previdenciário dado aos segurados que precisam se afastar do trabalho pelo nascimento do filho, pelo aborto não criminoso ou pela adoção de um filho, abordado no artigo 71 (setenta e um) e seguintes da Lei 8.213/91 e também regulado no artigo 392 (trezentos e noventa e dois) da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

O auxílio-acidente arrazoado no artigo 86 (oitenta e seis) e seguintes da Lei 8.213/91, é dado ao segurado que sofreu algum acidente onde resultou em sequelas que reduziram sua capacidade de trabalho. No caso, o segurado não para totalmente de trabalhar, é apenas reduzido seu desempenho no trabalho, onde continuará trabalhando.

Para os dependentes do segurado, há também benefícios, como a possibilidade da concessão da pensão por morte e por auxílio-reclusão. A pensão por morte, abordada no artigo 74 (setenta e quatro) da lei 8.213/91, é quando o segurado que contribui para a previdência vem a

óbito e deixa dependentes, onde no caso, é pago mensalmente um valor para os seus dependentes.

Abordando sobre o auxílio-reclusão tem grande importância social, por ser um direito garantido aos dependentes do preso que contribuiu com seu trabalho junto a Previdência Social (SANTOS *et al.* 2012) é o benefício concedido aos dependentes do segurado que foi preso em regime fechado durante a detenção, versado no artigo 80 (oitenta) da Lei 8.213/91.

OS SEGURADOS

Todo cidadão que contribui mensalmente para o custeio das prestações da Previdência Social é chamado de segurado e justamente por isso tem direitos a benefícios e serviços oferecidos pelo INSS. Sendo divididos em segurados facultativos e segurados obrigatórios.

Segundo a Previdência Social e o Senac (2004), entende-se como segurado: “qualquer pessoa que exerça atividade remunerada e que contribua para a previdência social.” Conforme a legislação vigente, os segurados podem ser obrigatórios ou facultativos.

Os segurados facultativos, conforme alude a Lei 8.213/91 no seu artigo 13, são os maiores de 14 (quatorze) anos que se filiam ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição (...), sendo os que contribuem ao INSS por opção, ou seja, facultativamente, para obter as vantagens e benefícios do sistema previdenciário brasileiro.

Abordando sobre o segurado obrigatório, o doutor em Direito Previdenciário Miguel Horvath Jr. (2011) salienta que os segurados obrigatórios: “são aqueles que, por determinação legal (ex lege), vinculam-se à previdência social pelo fato de exercerem alguma atividade remunerada de natureza urbana ou rural, em caráter efetivo ou de forma eventual.”.

Os segurados obrigatórios são aqueles que, de certa forma, são obrigados a fazer contribuições para o INSS, que exercem uma atividade remunerada no seu cotidiano. Sendo mencionados na Lei 8.213/91 no art. 11 (onze) e seus respectivos incisos, sendo enquadrado os trabalhadores urbanos e rurais que exercem atividades individualmente ou em regime de economia familiar, tirando o sustento próprio e de sua família a partir da atividade; o empregado doméstico; o contribuinte individual; o trabalhador avulso e o segurado especial.

O SEGURADO ESPECIAL

Sendo o último na categoria de segurados obrigatórios, o segurado especial tem seus direitos previdenciários garantidos pela Constituição Federal, tendo ainda, um tratamento diferenciado dos demais segurados por contribuir com uma alíquota reduzida.

Os segurados especiais são as pessoas físicas que residem no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele, que exercem suas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, tirando o seu próprio sustento e o de sua família, conforme alega o artigo 12, VII da Lei 8.213/91.

O artigo 9º, inciso VII do Regulamento da Previdência Social - RPS (Decreto 3.048/99), nos diz quem se enquadra ao segurado especial, sendo o produtor, seja ele proprietário, usufru-

tuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais e o pescador artesanal

Para ser considerado produtor rural é necessário que o trabalhador produza o sustento no campo individualmente ou em regime de economia familiar, tendo a terra medindo 4 (quatro) módulos fiscais.

Nas palavras de Hugo Goes (2022) o produtor rural é quem exerce atividade agropecuária (agricultura ou pecuária) será considerado somente segurado especial se a área da propriedade for de no máximo 4 módulos fiscais (o módulo fiscal varia de um município para outro). Se superior a isso, o produtor rural torna-se contribuinte individual.”

Aludindo sobre o pescador artesanal, se enquadra como tal aquele que individualmente ou em regime de economia familiar, faz da pesca sua profissão habitual ou o seu principal meio de vida, no entanto, não poderá ter embarcação, ou se houver, deverá ser de pequeno porte, conforme diz a alínea “b” do inciso VII do artigo 11 da Lei 8.213/91 e a Lei 11.959, de 29 de junho de 2009.

Ademais, são considerados pescadores artesanais, os mariscadores, caranguejeiros, catadores de algas, observadores de cardumes, dentre outros que exerçam as atividades semelhantemente, independentemente da designação empregada (IN INSS/PRES 77/2015, art. 41, § 2º).

Se enquadra também como segurado especial o cônjuge ou companheiro e filhos com mais de 16 anos, desde que participem ativamente do trabalho rural, como são segurados obrigatórios devem recolher contribuições para o INSS sempre que comercializarem sua produção.

A atividade a ser exercida pelos membros da família deve ser considerada indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e deverá ser exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (art. 11, § 1º, Lei 8.213/1991).

CONTRIBUIÇÃO DO PRODUTOR RURAL

O produtor rural, como é de saber, se enquadra como segurado obrigatório. Conforme o nome, o mesmo tem a obrigação de contribuir para a previdência social brasileira.

Segundo o projeto de Lei do Senado nº 325 de 2006 é considerado produtor rural a “pessoa física ou jurídica que explora a terra, com fins econômicos ou de subsistência, por meio da agricultura, da pecuária, da silvicultura, do extrativismo sustentável, da aquicultura, além de atividades não-agrícolas, respeitada a função social da terra.” estando no seu artigo 2º, inciso I, enquadrando-se como tal, o agricultor, o pecuarista, etc.

Além de sua contribuição obrigatória, os produtores rurais podem contribuir facultativamente para a previdência para terem um acesso à aposentadoria maior sem perder a qualidade de segurado especial, como menciona o artigo 200, § 2º do Decreto 3.048 de 1999.

A contribuição do produtor rural segundo a legislação vigente se dá quando o mesmo vende sua produção rural e na venda é aplicado um percentual de 1,3% (um inteiro e três dé-

cimos por cento) sobre o valor bruto da sua comercialização. Diante disso, a alíquota de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) é destinada à previdência social, e o restante, 0,1% (zero vírgula um por cento) é destinada para o financiamento das prestações por acidente de trabalho, conforme nos diz o artigo 200, I e II, do Decreto nº 3.048/99.

É de tamanha pertinência o produtor rural saber que é de responsabilidade da empresa, quando o produtor rural comercializa suas produções para a mesma, o desconto de 1,3% (um inteiro e três décimos por cento) sobre o valor da venda ofertada, ou seja, a empresa que compra seus produtos é que deve repassar para a previdência o valor pertinente.

Todavia, quando o produtor rural, segurado especial, comercializa seus produtos para pessoa física consumidor, o mesmo tem o dever do recolhimento para a previdência, sendo ele responsável a contribuir.

Entretanto, a grande maioria dos produtores rurais e os segurados especiais não contribuem para a previdência, por ser de tamanha complexidade o manuseio das contribuições, mesmo que seja feita somente uma vez ao ano, tendo até mesmo os sindicatos rurais problemas no momento de explicar aos produtores como funciona as contribuições para a previdência.

Os trabalhadores rurais enfrentam muitos problemas, principalmente os que moram longe das cidades nas comunidades ribeirinhas. Existem trabalhadores que demoram dias para ter acesso à cidade, para poder comercializar suas produções, sem contar na dificuldade que é em relação a transporte, onde muitas vezes os produtos a serem comercializados são transportados em canoas de pequeno porte e acabam perecendo ao decorrer da viagem, sendo que dependendo da estação do ano os produtores devem estar bastante atentos as enchentes que ocorrem em algumas regiões do Brasil, como no caso de algumas comunidades ribeirinhas existentes no Rio Acre.

Dessa forma, com a inadimplência de vários segurados especiais, acaba ferindo o equilíbrio financeiro e atuarial do país, onde deve sua preservação ser cuidada, como diz o artigo 201 da Constituição Federal que indaga “A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

Baseando-se em dois conceitos, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial é de tamanha importância para o sistema previdenciário brasileiro, tendo em vista que o princípio busca a garantia do sistema para o agora e para a garantia do benefício daqui a algumas décadas.

Daniel Machado da Rocha (2004) fala a respeito desse princípio, onde diz:

Sendo a previdência social um método da gestão da economia coletiva destinada ao enfrentamento dos riscos sociais, a ideia reitora desse princípio é que as prestações previdenciárias contempladas pelo sistema de previdência possam ser efetivamente honradas, no presente e no futuro, em razão do sistema de financiamento e suas fontes estarem dimensionadas de forma a permitir o cumprimento dos compromissos assumidos ao longo do tempo

Para Narlon Gutierrez (2012) o conceito de equilíbrio financeiro para o sistema previdenciário se “baseia no equilíbrio que há entre a arrecadação do empregado e empregador e o que se gasta com os benefícios previdenciários. Assim, o equilíbrio financeiro tenta analisar o sistema, globalmente, para não haver um problema no sistema. Já o conceito de equilíbrio atuarial se re-

fere à relação entre o total das contribuições que determinado segurado efetua para a previdência, considerando a contribuição de seu empregador, com as despesas de seu futuro benefício, ou seja, se preocupa com o custeio de cada benefício no futuro.”.

Com isso, o produtor rural, por diversas dificuldades, acaba não contribuindo para a previdência social, uma vez que para trabalhadores da zona rural as informações são insuficientes, tendo em vista que nos interiores a dificuldade ainda é maior, por ser lugares muitas vezes de difícil acesso. E, além disso, o produtor rural acaba não conhecendo a legislação, onde muitas vezes cometem ações que descaracterizam como segurado especial.

Pelo fato da sua não contribuição, o esperado seria que o mesmo não recebesse sua aposentadoria ou qualquer outro benefício, tendo em vista que a previdência social é um seguro onde é depositado um valor para que no momento em que o segurado não puder mais exercer sua função laborativa o mesmo possa receber uma renda para sua subsistência, ou seja, o segurado deposita e a previdência repassa o benefício.

Entretanto, o mesmo tem sim o direito de receber benefícios da previdência social mesmo que tenha passado a vida inteira sem contribuir à previdência, uma vez que é segurado e tem seus direitos garantidos pela nossa Constituição Federal e Leis vigentes.

Conforme a Lei nº 8.212/91 no seu artigo 30, § 8º e § 9º, aborda sobre situações onde o segurado especial não precisa comprovar as suas contribuições à previdência. Sendo o § 8º, o segurado especial dispensado quando o “grupo familiar não tiver obtido, no ano, receita proveniente de comercialização de produção” e no § 9º “Quando o segurado especial tiver comercializado sua produção do ano anterior exclusivamente com empresa adquirente, consignatária ou cooperativa”. Sendo necessárias, nas duas situações, a comunicação para a previdência social.

No artigo 39 da Lei 8.213/99 e seus respectivos incisos indagam que o segurado especial tem o direito de concessão de aposentadoria por idade ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, e de auxílio-acidente, tendo apenas que comprovar a sua atividade rural, mesmo que de forma descontínua.

Em suma, observa-se que mesmo o produtor rural não contribuindo para a previdência, sendo uma obrigação do mesmo, a Lei lhe ampara, onde apenas com a comprovação das suas atividades rurais, ele tem o direito, da concessão dos principais benefícios da previdência social brasileira.

Por fim, uma decisão do Tribunal Regional Federal da 2º região - TRF-2, a respeito da concessão do benefício de aposentadoria por invalidez para trabalhador rural que não contribuiu para a previdência, onde foi comprovado apenas seu exercício na atividade rural.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TRABALHADOR RURAL. SEGURADO ESPECIAL. ARTS. 59, 42, 11, 26 E 39 da Lei 8.213/91. QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL COMPROVADA. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL E TEMPORÁRIA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES SOCIAIS E PESSOAIS I- Nos termos do art. 59 da Lei 8.213/91, o auxílio-doença é devido ao segurado que, tendo cumprido, quando for o caso, o período de carência, ficar incapacitado para o trabalho ou para atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos, devendo ser concedido por motivo de incapacidade provisória. II- Por sua vez, o artigo 42 da Lei nº 8.213/91 prevê que a aposentadoria por invalidez será devida, cumprida a carência exigida, ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa situação. III- Quanto ao requisito da carência, vale lembrar que os trabalha-

dores rurais (segurados especiais) estão isentos de cumprir a carência para obter auxílio doença e aposentadoria por invalidez, nos termos do artigo 26, III, c/c o art. 39, I, da Lei nº 8.213/91, devendo apenas comprovar a qualidade de segurado especial mediante o exercício de atividade rural nos doze meses imediatamente anteriores ao requerimento do benefício (art. 39, I) IV- Restou comprovada a qualidade de segurado especial, diante dos documentos acostados aos autos. O autor é segurado especial. Exerce o trabalho de lavrador. V- A perícia judicial concluiu pela incapacidade laborativa parcial e temporária para o trabalho de lavrador. Todavia, para a concessão de aposentadoria por invalidez, devem ser considerados outros aspectos relevantes, além dos elencados no art. 42 da Lei nº 8.213/91, tais como, a condição socioeconômica, profissional e cultural do segurado. O autor tem direito à aposentadoria por invalidez, devendo a r. sentença ser reformada. VI- Até que a matéria seja decidida em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal a correção monetária e os juros de mora devem ser fixados conforme dispõe o art. 5º da Lei nº 11.960/2009. VII- Com o advento da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, caberá ao Juízo de origem, em sede de execução, aplicar os contornos ali definidos. VIII- Sem honorários recursais, em razão do provimento à apelação, conforme entendimento fixado pelo Superior Tribunal Justiça (EDcl no AgInt no Resp nº 1.573.573). IX- Na forma do art. 85, § 4º, II, do NCPC, tratando-se de acórdão ilíquido proferido em demanda da qual a Fazenda Pública faça parte, a fixação dos honorários sucumbenciais será feita na fase de liquidação, observando-se os critérios estabelecidos no art. 85, §§ 2º e 3º, do mesmo diploma legal. X- Apelação do autor provida. 1 A C O R D A O Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Segunda Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO DO AUTOR, nos termos do Relatório e Voto, constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, 21 de março de 2019. SIMONE SCHREIBER RELATORA 2. (TRF-2 - AC: 00013414920174029999 RJ 0001341-49.2017.4.02.9999, Relator: SIMONE SCHREIBER, Data de Julgamento: 25/03/2019, VI-CE-PRESIDÊNCIA)

Desse modo, nota-se que a legislação e jurisprudência brasileiras vêm crescendo a cada dia, fazendo reformas, criando leis, súmulas que sejam favoráveis a cada sujeito, adaptando-se ao desenvolvimento da sociedade, auxiliando assim, milhões de brasileiros, para que então alcance seu direito à aposentadoria.

Entretanto, mesmo com esse avanço, ainda existem dificuldades para o trabalhador rural adquirir sua aposentadoria, além da dificuldade que muitos enfrentam para realizar a contribuição, ainda existem as inúmeras documentações que o trabalhador não conhece, e nem sabe como proceder para adquirir, ainda é necessário um olhar especial para essa classe de trabalhadores tão sofrida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aposentadoria é um direito social, uma garantia fundamental que todo cidadão brasileiro que trabalha e contribui para a previdência possui, além dos vários auxílios e benefícios com direito. Existem muitas condições de aposentadoria que o brasileiro pode desfrutar, podendo ser pela idade, por invalidez, por deficiência, entre outros. O artigo 18 da Lei nº 8.213/91, traz o rol de benefícios e auxílios que cada cidadão brasileiro tem direito.

Entretanto, a classe trabalhadora dos produtores rurais que enfrentam dificuldades para fazer a contribuição, não contribuem, e constantemente acabam passando a vida inteira sem fazer essa obrigação, principalmente os de comunidade ribeirinha.

O segurado especial tem a obrigação de contribuir, entretanto, de uma forma diferente para a previdência, com uma alíquota menor do que os demais trabalhadores. Conforme as leis e doutrinas apresentadas, a contribuição do produtor rural se dá quando o mesmo vende sua produção rural, e na venda, é aplicado um percentual de 1,3% sobre o valor da sua comerciali-

zação, onde, a alíquota de 1,2% é destinada à previdência social, e o restante, 0,1% é destinada para o financiamento das prestações por acidente de trabalho.

Conforme o apresentado ao decorrer do artigo, observa-se que mesmo o produtor rural não contribuindo para a previdência, a Lei o ampara, onde apenas com a comprovação das suas atividades rurais, ele tem o direito da concessão dos principais benefícios da previdência social brasileira. Logicamente que o segurado precisa seguir as exigências expostas pela Lei.

Para o produto rural, as dificuldades ainda são de grandeza extrema, tendo em vista que o labor desses trabalhadores é de tamanha dificuldade. Para essa classe de trabalhadores as leis deveriam ser menos exigentes, mais acessíveis, e de fácil compreensão, tendo em vista, que a maioria dos trabalhadores não tem a escolaridade completa, e alguns, nem tiveram a oportunidade de pisar em um ambiente escolar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 de setembro 2022

BRASIL. Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d4682.htm. Acesso em: 11 de setembro. 2022

BRASIL. Estatuto do Produtor Rural. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4516340&ts=1630409608728&disposition=inline>. Acesso em: 01 de novembro. 2022

BRASIL. Lei complementar nº 11, de 25 de maio de 1971. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp11.htm#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%BA%2011%2C%20DE%2025%20DE%20MAIO%20DE%201971&text=Institui%20o%20Programa%20de%20Assist%C3%Aancia,Rural%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em: 11 de setembro. 2022

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213compilado.htm. Acesso em: 11 de setembro.

DIAS, Eduardo R.; MACÊDO, José Leandro Monteiro D. Curso de Direito PREVIDENCIÁRIO, 3ª edição Grupo GEN, 2012. E-book. ISBN 978-85-309-5589-2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5589-2/>. Acesso em: 22 out. 2022.

DOS SANTOS, Aline Fagundes; DA SILVA, Nilce Delha Oliveira; TOBIAS, Rosmar. O BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO COMO PROTEÇÃO A FAMÍLIA.

IBRAHIM, Fábio Zambitte; Curso de Direito Previdenciário. 23 ed. rev. e Atualizada. Niterói,RJ: Impetus, 2018.

JÚNIOR, Miguel H. Direito Previdenciário . Editora Manole, 2011. E-book. ISBN 9788520444375. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520444375/>. Acesso em: 23 out. 2022.

NOGUEIRA, Naron Gutierre. O equilíbrio financeiro e atuarial dos RPPS: de princípio constitucional a política pública de Estado. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 81, n. 4, p. 75-

91, 2012.

PESSOA, Marília et. al. O QUE VOCÊ PRECISA SABER SOBRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL. Rio de Janeiro : Ed. Senac Nacional, 2004. 40 p. Publicado em parceria com a Secretaria Executiva do Programa de Educação Previdenciária do Ministério da Previdência Social.

ROCHA, Daniel Machado da. O Direito Fundamental à Previdência Social. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 157.

VALENCIANO, Dielles; DE MACEDO, Jussara Canazza; DOS SANTOS, Lourdes Rosalvo da Silva. Aposentadoria por tempo de contribuição. REVISTA JURÍDICA DIREITO, SOCIEDADE E JUSTIÇA, v. 4, n. 4, 2017.



Pontos resumidos sobre os crimes contra o meio ambiente

Gutemberg José da Costa Marques Cabral

*graduação em direito pela UFPB, mestrado em direito pela UFC, doutorado pela UMSA-Argentina,
professor de direito ambiental da FACET e delegado de polícia civil do estado da Paraíba.*

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.3

RESUMO

O presente estudo propõe em descrever a temática dos crimes contra o meio ambiente em forma sucinta, indica à caracterização, a penalidade com sua legislação anterior e a atual em mencionar as manifestações previstas dos diversos delitos que vaticina os que poderá ser praticado sobre o meio ambiente natural, que inclui a fauna e a flora, os demais recursos, a poluição, o ambiente artificial urbano, cultural e o que envolve a administração pública ambiental, a responsabilização e os tipos penais principais e utiliza o método comparativo de normas esparsas com o advento deste direito moderno e sustentável que resulta em patamares superiores do momento em relação ao passado, não obstante os obstáculos existentes, como também visa analisar a efetivação da lei e o impacto do novo código florestal sobre os crimes ambientais que resulta, apesar de, na tentativa de diminuir a sustentabilidade explícita do conjunto de norma batizada como lei da natureza, numa perspectiva de avanço.

Palavras-chave: crimes. características. lei dos crimes ambientais. tipos penas principais e responsabilidade.

ABSTRACT

The present study proposes to describe the theme of crimes against the environment in a succinct form, indicates the characterization, the penalty with its previous legislation and the current one in mentioning the foreseen manifestations of the various crimes that predicts those that may be practiced on the environment. nature, which includes fauna and flora, other resources, pollution, the artificial urban, cultural environment and which involves environmental public administration, accountability and the main criminal types and uses the comparative method of sparse norms with the advent of this modern and sustainable right that results in higher levels of the moment in relation to the past, despite the existing obstacles, but also aims to analyze the effectiveness of the law and the impact of the new forest code on environmental crimes that results, despite, in the attempt of diminishing the explicit sustainability of the set of norms baptized as the law of nature, in an advance perspective.

Keywords: crimes. characteristics. environmental crimes law. types of main penalties and liability.

INTRODUÇÃO

O fundamento legal está prenunciado no art. 225,§3º da CF e na lei nº 9.605/98 conhecida como a lei dos crimes ambientais. Mas responsabilidade penal ainda está na seara das normas programáticas, é uma matéria de direito penal que ainda está dispersa, é desconhecida e há dúvida quanto à aplicação de sanção penal que ainda prevalece o princípio da insignificância para absolver o réu que pratica o comércio de animais silvestres.

Não resta nenhuma polêmica que deve haver punição e se justifica em razão de que precisa de rumo da proteção ao meio ambiente, seja com multas, suspensão de atividades e com penas alternativas, como: prestação de serviços gratuitos em jardins botânicos, praças, etc. Enfim, é um processo lento que depois da tutela civil e administrativa chega-se a penal.

Neste presente estudo em síntese resumido abordarei as características do crime, as suas penas, o leque da legislação penal, as responsabilidades criminais, os crimes ambientais contidos da lei nº 9.605/98 que foi batizado de lei da natureza e o impacto do novo código florestal sobre os crimes ambientais para demonstrar o quanto anda e como está a eficácia da lei criminal no aspecto jurídico de proteção do meio ambiente.

CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES AMBIENTAIS

Suas características são repressiva, retributiva e preventiva porque quem comete o crime ambiental responde pelo crime praticado, tem que recuperar o dano infringido e se preocupa de forma primordial a evitar mais prejuízo e a destruição do meio ambiental natural, artificial, cultural e do trabalho.

As características repressiva e preventiva estão evidenciadas quando se trata desse novo direito, de interesse difuso, mas a característica de retributividade avoca uma atenção em razão de que a prisão tem caráter claro intimativo e retributivo, isto é, não teria espaços para atenuantes ou agravantes.

Como se observam a doutrina na teoria das penas:

“A principal característica das teorias absolutas é a retribuição do mal causado pelo agente ao cometer um delito, concebendo a pena como um castigo. Tais teorias visam punir o condenado, lhe causando um prejuízo, de forma que esse entenda que sua penalização é oriunda da inobservação e transgressão às normas jurídicas.” (D’AMATO E PANZA, 2019, p. 105-120).

“As teorias absolutas fundamentam-se no livre-arbítrio do ser humano, justificando que o cometimento de uma conduta ilícita por esse é uma escolha, pois, na maior parte das vezes, possui discernimento e poderia lhe ser exigido uma conduta diversa. Dentre os defensores das teorias absolutas, Kant e Hegel são os mais expressivos, tendo suas ideias diferindo na justificação da pena que para Kant é ética e para Hegel é jurídica”. (Op.cit.)

“A pena possui um caráter retributivo e o indivíduo que transgredir uma lei – imperativo categórico – fere a moral e, portanto, é obrigação do Estado punir o agente transgressor, baseando-se no conceito de justiça. Diferentemente de Kant que se baseia na ética para a justificação, Hegel fundamenta-se na ordem jurídica, visando a recomposição do direito violado por meio da aplicação da pena” (Op.cit.)

Reforçando que o direito penal está inserido e autorizado pelo art.225,§3º da CF prevenindo a punição por motivo da lesão de conduta ou de atividade que acarreta dano ou perigo e que representam também danos ou perigo para os bens ambientais.

Lembrando que o crime contra o meio ambiente é ofensa dirigida a toda a coletividade, podem ocorrer danos individuais, apurado em outra órbita jurídica. É de perigo, a maioria, de ameaça ou possibilidade de lesão ao bem jurídico protegido, enfatizando que no crime de poluição; e nos crimes contra a fauna, há danos.

Por fim, é de bom alvitre em afirmar que há acusação de um crime se dar através de ação ou omissão ilícita, culpável com dolo ou culpa. Tipificada em norma penal que ofende valor social ou conduta humana que lesa ou expõem a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. No crime comissivo a ação é participação positiva do agente; no crime omissivo é a *omissão de socorro*, é a *omissão de notificação de doença*.

SOBRE AS PENAS

Sobre as penas de modo geral do que já existia há no Código Penal (art.32 do CP) as penas de privativas de liberdade que antevê pena de reclusão, que significa cumprir a pena em regime fechado e as de Detenção que se se cumpre em regime aberto e semiaberto; no regime fechado se faz por trabalho interno e isolamento noturno; no regime semiaberto o trabalho é diurno e isolamento noturno; quanto ao regime aberto se caracteriza pela autodisciplina e responsabilidade do condenado. Com atividades externas e recolhimento para evitar o perigo noturno e dias de folga.

Não esquecendo de que a doutrina diz que o direito ambiental é moderno e reza o seguinte:

A moderna doutrina penal vem propugnando a abolição da pena privativa de liberdade com a conseqüente substituição por penas alternativas. Num futuro próximo, a pena privativa de liberdade será aplicada em casos extremos. Procura-se evitar, ao máximo, a sua aplicação ao caso concreto, impondo-se medidas alternativas aos infratores. O legislador da Lei n. 9.605/98 seguiu essa tendência moderna. (SIRVINSKAS, 2020, p. 1.024).

Portanto, está é a visão que predomina no direito ambiental, por ser um direito e interesse difuso, onde a vontade do legislador e do doutrinador é utilizar a lei criminal para que o sujeito passivo não volte a degradar o meio ambiente.

Das penas na lei dos crimes ambientais (lei nº 9.605/98)

Ela dispõe sobre infrações penais e administrativas lesivas ao meio ambiente, não trabalha com sanções elevadas.

A pena de privação de liberdade é inaplicável, a mais severa é a pena dos que praticam incêndio em floresta ou mata- art.41 é substituída por pena restritiva de direitos com quatro anos como pena máxima, de reclusão. Ademais recebem benefícios da lei nº 9.099/95 que admite transação ou suspensão condicional do processo.

Na lei nº 10.259/01 se antevê as pequenas causas no âmbito da Justiça federal e também antevê a transação para crimes com pena de até 2 anos, que desta forma o mais benéfico ao autor do delito, aplica-se a seu favor. São as seguintes penas: as privativas de liberdade na parte especial; as restritivas de direitos que vai do art.7º a 14; a multa prevista no art.18 e parte especial e as demais aplicáveis as pessoas jurídicas que estão no art.21 a 23. No entanto, admite substituir nas hipóteses de crimes dolosos, a pena inferior a quatro anos, benefício da lei nº 9.714/98. Quanto ao recolhimento domiciliar ela é pena restritiva de direito.

Em resumo pode descrever que as penas de interdição temporárias de direitos aplicáveis às pessoas físicas são as de proibição de contratar com o poder público, receber incentivos fiscais e participar de licitação. Lembrando que a pena de prestação pecuniária que não é multa e nem indenização civil, será deduzido do montante da reparação civil.

Quanto à suspensão condicional da pena, conhecido como sursis, é aplicável para condenação de até três anos. Já a pena de multa é de três vezes mais do que o teto do CP que não pode substituir por pena privativa de liberdade.

Em relação às penas aplicáveis às pessoas jurídicas pressagiadas no art.21 são as mul-

ta, restritiva de direitos e prestação de serviços à comunidade. Não se esquecendo da aberração prevista no art.24 que é a decretação e liquidação forçada da pessoa jurídica equivale a pena de morte, deve ser considerada inconstitucional.

Sobre a transação penal para infrações de menor potencial ofensivo se antevê pena mínima de um ano. E da composição do dano é condição proposta para transação como está antevisto no art. 27 que celebra um acordo com força de título. Por fim se registre que a reparação do dano é condição para a suspensão judicial, é condicional do processo.

QUANTO AO AMPLO ENQUADRAMENTO CRIMINAL AMBIENTAL

Se esforçando se pode dizer ao ver que nos artigos relacionados ao meio ambiente como no código penal: art.161§1º,I;art.163,§único;arts. 164,165,250,259,270 e 271 eles foram postos como crimes comuns que envolviam recursos naturais, como elementos da natureza para prejudicar o ser humano, não tinha visão de proteção, por si só, sobre meio ambiente, prevalecia uma visão utilitarista da natureza e seus ecossistemas. Exemplo: Art. 270 - Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo: Pena - reclusão, de dez a quinze anos. Muito embora tivesse uma redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990.

Apontada em diversos estudos de brevidade histórica sobre legislação correlata, como:

“As legislações penais esparsas relativas ao meio ambiente existentes antes do advento da Lei n. 9.605/98 eram muito confusas e de difícil aplicação. São elas: no Código Penal, arts. 163 (crime de dano), 164 (introdução ou abandono de animais em propriedade alheia), 165 (coisa tombada), 166 (alteração de local protegido), 250, § 1o, II, h (incêndio em mata e floresta), 251, §§ 1o e 2o (explosão), 252 (uso de gás tóxico ou asfixiante), 253 (fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante), 254 (inundação), 256 (desabamento e desmoronamento), 259 (difusão de doença ou praga) e 267 a 271 (crimes contra a saúde pública); na Lei de Contravenções Penais, arts. 31 (omissão de cautela na guarda ou condução de animais), 37 (arremesso ou colocação perigosa), 38 (poluição do ar), 42 (poluição sonora) e 64 (crueldade contra animais).” (SIRVINSKAS, 2020, p. 1.024)

É claro que esse direito moderno surgiu de fato no Brasil formalmente a partir de 1981 do advento da lei nº 6.938/81 que instituiu a política nacional do meio ambiente e consolidado na ordem constitucional de 1988 que antevê a responsabilidade penal no capítulo do meio ambiente, precisamente no art. 225,§3ºda nova Carta Magna.

A conduta lesiva ao meio ambiente envolve a análise de várias leis federais. Que na essência contam-se os tipos penais nas seguintes leis: lei nº 9.605/98, conhecida como lei dos crimes ambientais; a lei nº 4.771/65 que foi substituída pelo novo código florestal, a lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012; 7.653/88 (pune condutas delituosas e criou figuras criminosas relacionadas à pesca),lei n. 7.679/88 (proíbe a pesca de espécies em períodos de reprodução), a lei nº 8.974/95, chamada de lei do patrimônio genético; a lei nº 7.802/89-lei dos agrotóxicos; Lei n. 7.805/89 (pune a extração de minério sem permissão, concessão ou licença a lei nº 6.453/77 que é a lei sobre as atividades nucleares; a lei nº 6.766/79 que é a lei sobre o loteamentos, como também o crime de incêndio antecipado no art.250 do Código Penal; a lei nº 7.643/87-lei de proteção aos cetáceos(baleias ,golfinhos); a lei nº 8.974/95-lei da biossegurança e o decreto lei nº 3.688/41 que é a lei das contravenções penais.

DA RESPONSABILIDADE PENAL

Envolve o meio ambiente natural, cultural e artificial e limita em favor da prevenção é o que está escrito no art. 56 da lei nº 9.605/98. Que impõe prévia composição ambiental como pré-requisito à transação penal como antevê no art.27 da lei supracitada. Mais do que um bem individual, a vida é um direito do patrimônio que diz respeito à proteção dos bens e valores de toda a coletividade. Agredir ou por em risco a base de sustentação do planeta terra, sem dúvida é conduta de máxima gravidade. Portanto, o conteúdo do direito ambiental pugna pela ética e está associado a uma reprovação penal que é bem mais forte do que as sanções indicadas nas esferas administrativa e civil.

Da responsabilidade penal da pessoa jurídica

Inova e introduzem a responsabilidade criminal da pessoa, das pessoas coletivas indicadas no art.225,§3º da constituição federal, é aliada ao princípio da prevenção que frise que a repressão penal é importante pela propaganda negativa para a empresa. A prevenção já existia estava no art.19,§2º da lei nº 8.213/91 a que define um crime contra o meio ambiente do trabalho que pode imputar à pessoa jurídica, mas agora mais do que nunca inovadora em material penal ambiental.

O que corroboram a unanimidade da doutrina:

“Em 2018, a Lei de Crimes Ambientais completará 20 anos e, ao tempo em que foi editada, foi bastante inovadora, tendo por destaque a responsabilização penal das pessoas jurídicas, como já impunha o § 3º do art. 225 da CF/88. De fato, os maiores poluidores são justamente as pessoas jurídicas, e não fazia sentido algum que o direito penal, máxima ratio do ordenamento jurídico, ignorasse esse aspecto.” (RODRIGUES, 2021, p.800).

“Durante esses 20 anos, alguns pontos foram objeto de discussões que acabaram sendo resolvidas no âmbito dos tribunais superiores. Um deles foi justamente a discussão jurídica da “dupla imputação necessária” resultante da combinação do art. 3º com seu parágrafo único, que assim dizem: “as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade” e, no parágrafo único, que “a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato”.(Op.cit.)

No entanto é bom frisar que a pessoa jurídica com base na teoria organicista tem existência no mundo, é possuidora de uma vontade real, é a soma das vontades dos seus dirigentes, é cumulada com a responsabilização dos agentes físicos que agiram em prol da pessoa jurídica.

Quanto ao tema da culpabilidade, ela é a responsabilidade social, é a vontade de o administrador no agir em seu nome e proveito. É vontade institucional, praticado por intermédio do seu representante, portanto, a importância da sanção penal é a reprovação ética, sua divulgação na mídia que gera um terror a pessoa jurídica de temer e voltar a delinquir.

Não olvidando que o requisito para configurar responsabilidade penal da pessoa jurídica é que haja benefício por parte da empresa do fato praticado ou omitido. Agora quando é do interesse particular de um dirigente ou administrador ele responde e não é a empresa é responsável.

Quanto a Responsabilidade penal da pessoa jurídica de direito público

Observando que a lei nº 9.505/98 não veda a punição das pessoas jurídicas de direito público. Mas há uma incompatibilidade quando se manifesta suspensão ou interdição de atividades versus o princípio da continuidade administrativa porque significa punir a sociedade e ela é sujeita passivo do delito ambiental. Estendem-se aos entes paraestatais e aplicam-se as autarquias, fundações e empresas públicas.

DOS CRIMES SOBRE O MEIO AMBIENTE PREVISTO NA LEI Nº 9.605/1998

Eles estão elencados na lei nº 9.605/98 onde temos os crimes contra a fauna que vai dos artigos 29 aos 37; dos crimes contra a flora vaticinados nos artigos 38 aos 53 e quanto aos crimes contra a poluição e outros, esses são tipificados nos artigos 54 aos 61.

Crimes contra a fauna

E para destacarem e exemplificarem tem-se os crimes contra a fauna tipificada no art. 29 reza que:

”Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.”

E no art. 32 é conjecturado o crime de praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Com “Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Quanto à nova lei de maus-tratos aos animais domésticos, a Lei nº 14.064, de 29 de setembro de 2020 se denota claramente que ela não se estendeu aos demais animais, ou seja, não alcançou essa maior proteção aos animais silvestres da rica e diversa fauna brasileira. Eis que em sua ementa reza: “Altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para aumentar as penas cominadas ao crime de maus-tratos aos animais quando se tratar de cão ou gato”.

Já os crimes contra os animais que vivem nas águas têm-se no art. 33.

“Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o desaparecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas cumulativamente.”

E mais no:

“Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas: I - quem causa degradação em viveiros, açudes ou estações de aquicultura de domínio público; II - quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente; III - quem fundeia embarcações ou lança detritos de qualquer natureza sobre bancos de moluscos ou corais, devidamente demarcados em carta náutica.”

No crime contra a pesca o art. 35 diz que:

“Pescar mediante a utilização de: I - explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante; II - substâncias tóxicas, ou outro meio proibido pela autoridade competente: Pena - reclusão de 1 (um) ano a 5 (cinco) ano.

Agora não é crime, é o que está antecipado no art. 37.

“Não é crime o abate de animal, quando realizado: I - em estado de necessidade, para saciar a fome do agente ou de sua família; II - para proteger lavouras, pomares e rebanhos da ação predatória ou destruidora de animais, desde que legal e expressamente autorizado pela autoridade competente; III - (vetado); IV - por ser nocivo o animal, desde que assim caracterizado pelo órgão competente.”

Crimes contra flora

Como exemplo escolhe nos crimes contra a flora, os seguintes, no art. 38.

“Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.”

E acrescido o Art. 38-A.

“Destruir ou danificar vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade.” (ARTIGO ACRESCIDO PELA Lei nº 11.428, de 22.12.2006.)

E mais: no crime contra o sistema nacional das unidades de conservação tem no art. 40.

“Causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e às áreas de que trata o art. 27 do Decreto nº 99.274 de 06.06.1990, independentemente de sua localização”: e no § 1º “Entende-se por Unidades de Conservação de Uso Sustentável as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas Nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares do Patrimônio Natural. Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos” .

Merece também destaque o art. 41. “Provocar incêndio em mata ou floresta: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Chama atenção também esse combate ao terrível instrumento de destruição da nossa fauna que é o motosserra que se antevê no art. 51. “Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

Crimes contra a poluição

Já no crime de poluição existe o art. 54 que reza:

“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” E no § 1º “Se o crime é culposo: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa”

No mesmo artigo em seu § 2º relacionam outros casos que também é crime de poluição, como: “I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV - dificultar ou impedir o uso público das praias; V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabele-

cidas em leis ou regulamentos: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.”

Há outro delito ambiental pressagiado no art. 61. “Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.”

Crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural

Quanto ao crime contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural, o exemplo é o art. 62. “Destruir, inutilizar ou deteriorar: I - bem especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial; II - arquivo, registro, museu, biblioteca, pinacoteca, instalação científica ou similar protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

Destaca-se no meio ambiente artificial a prática desse crime que é a pichação, no art. 65 diz: “Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de 6 (seis) meses a 1 (um) ano de detenção, e multa.”

Crimes contra a administração ambiental

Sobre o crime contra a administração ambiental tem no art. 66. “Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

Já nesse delito dar pra perceber um alvo importante a ser combatido, que é a corrupção entre o serviço público e o setor privado, no art. 67 se antevê:

“Conceder o funcionário público licença, autorização ou permissão em desacordo com as normas ambientais, para as atividades, obras ou serviços cuja realização depende de ato autorizativo do Poder Público: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.”

O IMPACTO DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL SOBRE OS CRIMES AMBIENTAIS

A lei dos crimes ambientais-lei nº 9.605/98 sofreu um grande baque na questão da característica repressiva com o surgimento da lei nº 12.651 de 25 de maio de 2012, o novo Código Florestal brasileiro que antes dele já antecipou o que vinha quando por meio de uma Medida Provisória nº 1.710/98 concedeu prazo de 10 anos para as empresas ou pessoas físicas corrigirem suas atividades nocivas ao meio ambiente através de termo de compromisso. Ai veio o novo Código Florestal de 2012 concedendo um prazo de 20 anos de suspensão para se firmar um termo de ajustamento ao poluidor recuperar a área por ele degradada.

Outras alterações e criações de institutos inéditos no campo do direito ambiental brasileiro trazido por esse novo código florestal colaboraram também com o desprestígio da lei da natureza- lei nº 9.605/98 e quase o seu esvaziamento no aspecto de punição mais severa contra aqueles que cometerem crimes contra o meio ambiente.

Com a aceitação de suprir corte raso nas florestas originárias dos nossos biomas, e, desta forma, prevendo a permissividade da supressão de vegetação nativa para uso alternativo do solo que só dependerá apenas do cadastramento do imóvel no Cadastro Ambiental Rural-CAR.

Este instituto que substituiu a antiga averbação no registro de imóvel, previsto no anterior código florestal junto com a prévia autorização do órgão estadual competente do Sisnama, e, nesse caso, agora o Estado-membro é quem autoriza como antevê o art.26 do novo código florestal. Conclui-se a dizer que facilitaram a não punição dos crimes contra a flora e fauna.

E mais, quanto às áreas de preservação permanente localizadas em imóveis inseridos nos limites de unidades de conservação de proteção Integral são passíveis de ter quaisquer atividades consideradas, quando dispuser do plano de manejo, renunciado no §6º do art. 26.

Acrescentando que nessas áreas é autorizada a continuidade das atividades agrossilvipastoris em áreas rurais que foram consolidadas até 22 de julho de 2008, conforme o Art. 61-A no mesmo código, alterado pela lei nº 12.727/ 2012.

Essa permissividade se constata mais ainda no §2º do mesmo artigo, quando se antevê aos que desmataram as florestas o direito da recomposição da cobertura vegetal pelo que deverá atender aos critérios estipulados e ser concluída em até 20 (vinte) anos, mediante a recomposição facultativa de ser realizada por meio de plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal.

Sendo assim, se concretizará a regulamentação dessas áreas invadidas e degradadas que se chamou de “anistia aos desmatadores” pelos ambientalistas. Ou impunidade respaldada em lei.

E essa regulamentação do estado-membro se previa em dois anos para criar o programa de regularização ambiental-PRA e no prazo de cento e oitenta dias competia a união, após a publicação do novo código florestal, definir normas gerais em que o desmatador, agora legalizado, se comprometeria em termo para não mais desmatar em Área de Preservação Permanente - APP ou da reserva legal.

Desta forma, se livrando de qualquer punição prevista na lei n. 9.605/98 e as multas serão convertidas em serviços ambientais, extinguindo-se com isso a punibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade penal inovou com o art. 225, §3º da CF que antevê danos por pessoa física ou pessoa jurídica que serão punidos na forma da lei e se antevê no art.5º, XLVI da CF as penas de privação ou restrição da liberdade; a perda de bens; a multa; a prestação social alternativa e a suspensão ou interdição de direitos.

Constata-se que as características do crime contra o meio ambiente é de punição mais ampla que os crimes previstos no nosso ordenamento penal, tendo em vista o seu interesse difuso que abrange a humanidade que pugna para a preservação e conservação do meio ambiente, mesmo numa visão que coloca os homens no centro das preocupações ambientais, há sim um cuidado que deve levar a questão da crise ambiental em conta e devem conciliar as duas visões da proteção da natureza e de que todas as formas de vida estão no centro do universo.

As penas são aplicadas e quase todos os crimes ambientais apontam para uma composição do dano ambiental para suspender e transacionar para sempre perquirir uma prevenção e evitar a irreparabilidade e buscar a reconstituição do dano.

A legislação penal ambiental é ampla e inovadora, comandada pelas normas que tentam proteger o nosso ecossistema e a rica biodiversidade brasileira contidos da lei nº 9.605/98.

Desta forma esse advento deste direito moderno e sustentável resultou em patamar superior no presente em relação ao passado, convivendo com os obstáculos postos, ao analisarmos a efetivação da lei e o impacto do novo código florestal sobre os crimes ambientais que resultou, apesar de, na conservação da sustentabilidade explícita do conjunto de norma, batizada como lei da natureza, a lei nº 9.605/98, que trouxe uma perspectiva de avanço.

Não obstante o contra ataque promovido pelo novo código ambiental que recuou o ímpeto em reprimir os que praticarem a degradação do ambiente, ao qual juntou o desmonte da legislação no sentido material, da pouca funcionalidade do sistema nacional do meio ambiente e seus instrumentos da política nacional do meio ambiente que prova toda essa ineficácia e seu acentuado recuo e que nos resta ainda é a ação preventiva da lei dos crimes ambientais e seu caráter retributivo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa, Direito ambiental, 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2000, 336 p.

BENJAMIN, Antonio Herman V.- Fundador. Revista de Direito Ambiental, São Paulo: ed. RT, Ano 15, 2010.

CABRAL. Gutemberg Jose da Costa Marques. O Direito Ambiental do Mangue. 2º ed. João Pessoa/PB: Ed. Sal da Terra.2006.

_____. Tópicos de Direito Ambiental: Acompanhado de legislação brasileira atualizada Amazon Kindle Edition Portuguese Edition by Gutemberg José da Costa Marques Cabral (Author) Format: Kindle Edition,518 p, 2018.

DERANI, Cristiane, Direito Ambiental Econômico, São Paulo, Editora Max Limonad, 1997.

FILHO E BERNARDO, Wanderley Rebello E Christianne, Guia prático de direito ambiental, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de Direito Ambiental brasileiro-9ª ed.SP:Saraiva,2008.

FREIRE, William, Direito Ambiental Brasileiro, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1998.

FREITAS. Vladimir Passos de Organizador. Direito Ambiental em Evolução.Curitiba:Juruá,1998.

_____, GILBERTO Passos. Crimes contra a Natureza, 6º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MACHADO, Paulo Affonso Leme, Direito ambiental brasileiro. 7 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1998.

MAITÊ Leme D'Amato & Luiz Osório Moraes PANZA. O caráter retributivo e preventivo das medidas de segurança. Rev. FAE, Curitiba, v. 22, n. 2, p. 105 - 120, jul./dez. 2019.

REVISTA Juris Sintese> Jurís Sintese. Atualizado em agosto de 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Direito ambiental/coord. Pedro LENZA – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. (Coleção Esquematizado®)

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental / Luís Paulo Sirvinskaskas. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. 1.024 p.



Os prejuízos causados as crianças pela alienação parental

The damage caused to children by parental alienation

Johny Woster dos Santos Barros

Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte

João Paulo de Sousa Oliveira

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIEURO, Especialista em Advocacia Pública e em Direito Tributário.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.4

RESUMO

A alienação parental por muito tempo não foi observada com a devida preocupação, não possuindo medidas cabíveis para conter tal prática, vários problemas acabavam sendo gerados entre a prole e os seus genitores. A mente de uma criança é facilmente corrompida, e como efeito, ela acaba perdendo afeto pelo outro genitor, perdendo assim os laços afetivos e muitas das vezes ela não deseja mais vê-lo(a). Após observações, foi constatado que a alienação parental acarreta significativas mudanças na vida do menor, podendo resultar em consequências judiciais, ainda que tenha pena restritiva de liberdade, poderão ocorrer outras sanções. A presente pesquisa objetiva explicar os danos causados através dessa prática criminosa, por meio da conceituação de importantes temas do Direito da Família, como a filiação no direito brasileiro, o abandono afetivo, entre outros. A metodologia utilizada no presente trabalho é totalmente bibliográfica. Por fim, foi possível observar que um dos maiores prejuízos causados a criança é o desenvolvimento da Síndrome da Alienação Parental, um transtorno desenvolvido principalmente por crianças que são alienadas.

Palavras-chave: alienação parental. afeto. família.

ABSTRACT

Parental alienation for a long time was not observed with due concern, not having appropriate measures to contain such a practice, several problems ended up being generated between the offspring and their parents. A child's mind is easily corrupted, and as an effect, he ends up losing affection for the other parent, thus losing affective ties and many times he does not want to see him/her anymore. After observations, it was found that parental alienation entails significant changes in the life of the minor, which may result in legal consequences, even if it has a restrictive penalty of freedom, other sanctions may occur. The present research aims to explain the damage caused by this criminal practice, through the conceptualization of important themes of Family Law, such as filiation in Brazilian law, affective abandonment, among others. The methodology used in this work is completely bibliographical. Finally, it was possible to observe that one of the greatest damages caused to the child is the development of the Parental Alienation Syndrome, a disorder developed mainly by children who are alienated.

Keywords: parental alienation. affection. family.

INTRODUÇÃO

A extensão do direito de família é de tamanho inimaginável. Entretanto, a presente pesquisa se prende ao tema da Alienação Parental e seus efeitos negativos que podem surgir no emocional e psicológicos das crianças que enfrentam esse problema familiar. A prática desse crime consiste na indução de uma criança, seja pelo pai/mãe, avós ou qualquer adulto que possua a guarda do menor, criando uma falsa reputação ao outro genitor da criança. Mas não se resume somente a isso, fatores como dificultar o contato da criança com o outro pai, prejudicar o exercício da autoridade parental, mudar o domicílio para local distante com a finalidade apenas de afastar a criança ou o adolescente do outro pai, também são práticas corriqueiras que configuram o crime de alienação parental.

Apesar do tema ser bastante extenso, busca-se apresentar neste trabalho conceitos importantes como família, princípio do afeto, abandono afetivo, entre outros. A problemática que cerca esta pesquisa é quais são os problemas emocionais e psicológicos identificados na criança que sofre a prática da alienação parental? Após a finalização da leitura, espera-se que os leitores possam compreender de forma clara a respeito deste crime.

Como objetivo geral, essa pesquisa pretende responder o questionamento supramencionado, a caracterização negativa que o exercício da alienação parental causa na vida dos filhos. Acessoriamente ou de forma específica, também busca-se também falar sobre a responsabilidade civil dos pais diante desses infortúnios acontecimentos de alienação.

Dividindo-se em três capítulos, a pesquisa em seu primeiro momento, buscar trazer a conceituação de família e conseqüentemente falar sobre os frutos da união que são os filhos. Já o segundo capítulo, pretende abordar os casos em que a família em sua plenitude não consegue manter-se unida, chegando à separação e aos problemas causados por ela, como o caso do abandono afetivo. Por fim, o terceiro capítulo, traz a alienação parental e suas conseqüências psicológicas na vida das crianças e adolescentes.

Usando autores como Aurea Pimentel Pereira, Belmiro Pedro Welter, Richard Alan Gardner, entre outros, a pesquisa é de caráter bibliográfico, utilizando livros, sites, revistas, artigos já publicados a respeito do tema. Tudo isso para fundamentar com total clareza o presente trabalho de conclusão de curso.

FAMÍLIA E OS FRUTOS DA UNIÃO

O Direito de Família é uma área do Direito Civil que está relacionada às entidades familiares, suas relações e conseqüentemente seus deveres e direitos. Dentro deste âmbito, pode-se encontrar assuntos como casamento, divórcio, união estável, filhos, pensão alimentícia, bens familiares, guarda e entre outros temas.

Todos esses temas relacionados à família estão essencialmente ligados em sua essência ao Código Civil, e ainda encontram amparo em legislação própria, estando inseridos no ordenamento jurídico pátrio e, conseqüentemente subordinados a Constituição Federal.

A respeito do conceito de família, atualmente ele carrega consigo um leque de espécies de união, a exemplo, família matrimonial, família informal, família monoparental, família anaparental, entre outras, nas quais todas são consideradas família, entretanto, há um tempo atrás, essas espécies de união não poderiam ser definidas como família. Esses novos modelos ganharam forma através de entendimentos jurisprudenciais e das transformações da sociedade e suas relações, incluindo a própria Constituição Federal, a exemplo, a Resolução nº 175/13 do CNJ, reconhecendo a união homoafetiva como família.

A nomenclatura família possui sua origem na Antiga Roma, seguindo um caminho entre a selvageria e a civilização, como diz Morgan :

As partes da família humana existiram num estado de selvageria, outras partes em um estado de barbárie, e outras, ainda, no estado de civilização, por isso a história tende à conclusão de que a humanidade teve início na base da escala e seguiu um caminho ascendente, desde a selvageria até a civilização, através de acumulações de conhecimento e experimentos, invenções e descobertas (MORGAN, 1877, p. 49).

Dessa maneira, afirma Engels (2006, p. 60) que:

A expressão 'família' nem sempre foi a dos dias atuais, pois em sua origem, entre os romanos, não se aplicava sequer ao casal de cônjuges e aos seus filhos, mas apenas aos escravos. 'Famulus' significa escravo doméstico e família era o conjunto de escravos pertencentes ao mesmo homem.

A entidade familiar em Roma era constituída por um conjunto de pessoas, bens e outras coisas que estavam totalmente subordinadas a um chefe, que era sempre representado pela figura de um homem. A organização social desses povos primitivos era compreendida como a família patriarcal, em que esta juntava todos os seus membros em função do culto religioso, para fins políticos e econômicos.

Segundo Aurea Pimentel Pereira, a estrutura familiar pode ser entendida como:

Sob a auctoritas do pater famílias, que, como anota Rui Barbosa, era o sacerdote, o senhor e o magistrado, estavam, portanto, os membros da primitiva família romana (esposa, filhos, escravos) sobre os quais o pater exercia os poderes espiritual e temporal, à época unificados. No exercício do poder temporal, o pater julgava os próprios membros da família, sobre os quais tinha poder de vida e de morte (jus vitae et necis), agindo, em tais ocasiões, como verdadeiro magistrado. Como sacerdote, submetia o pater os membros da família à religião que elegia. (PEREIRA, 1991. p. 23)

Em frente a essas evoluções da sociedade e sua cultura, a definição de família sofreu várias modificações, aos poucos passou a se adaptar as novas ideologias da sociedade, pois juntamente com essa transformação, o ordenamento jurídico também passou a se adequar para poder atender as demandas sociais atuais, com a família tradicional formada por meio casamento pode ser formada por outras maneiras, a exemplo: união estável (art. 226, § 3º CF) e a família monoparental (art. 226, § 4º CF). Logo observa-se que a família em sua estrutura e conceituação passou por uma diversidade de modificações e abrangências.

A filiação no direito brasileiro

De acordo com o Código Civil, art. 1.596, os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, isto quer dizer que não há diferença entre os filhos que compõem uma família, não importando se são filhos biológicos ou adotivos, sendo proibido qualquer discriminação em relação a estas filiações.

Mas nem sempre foi desta maneira, a filiação no direito brasileiro não poderia ficar de fora das mudanças que ocorrem constantemente no instituto da adoção e do registro do filho afetivo.

A Constituição Federal do ano de 1988, destaca que tem como prioridade o bem-estar dos envolvidos e buscar o reconhecimento às famílias consolidadas por afetividade, nos permitindo o entendimento de que a família não precisa ser somente a de laço sanguíneo, mas também aquela que é criada pelo vínculo afetivo.

Sendo que ambas as formas de constituírem essa família têm suma importância não estando permitido menosprezar nenhum dos dois vínculos, já que as mesmas têm como prioridade o bem-estar, amor, carinho, respeito, cuidados, educação e lógico a obrigação de direitos, como também deveres a serem cumpridos.

No passado, como já dito, prevalecia um antigo paradigma da legalidade, onde era re-

conhecida como família legítima, a família matrimonial, sendo apenas reconhecidos como filhos legítimos os filhos oriundos desse relacionamento matrimonial.

Todos esses paradigmas relacionados a essa realidade que o nosso legislador os empunha foram cedendo espaço há um novo paradigma, o da afetividade. Esse afeto não é aquele relacionado há um sentimento, afeto, nesse caso, é um valor jurídico, que pode ser exteriorizado, podendo ser comprovado através da análise da conduta desses atos representativos dessas relações afetivas.

A exemplo, esse afeto pode ser aferido através do cuidado que os membros dessa família têm uns para com os outros. O cuidado ele pode ser observado por meio da convivência, o afeto também pode ser visualizado através dessa continuidade dessa relação afetiva, por meio da manutenção do cuidado e da convivência, poderia ser percebido pela sociedade, por meio da publicidade ou ostensividade. De acordo com Welter (2003, p. 148):

A filiação socioafetiva compreende a relação jurídica de afeto, como o de criação, quando comprovado o estado de filho afetivo (posse do estado de filho), a adoção judicial, o reconhecimento voluntário ou judicial da paternidade ou maternidade e a conhecida “adoção à brasileira.

Logo, observa-se que a filiação se dá por diversas maneiras, não somente através da via biológica. Chegando a esse ponto, já se tem uma noção de família e filhos, agora para alcançar-se o objetivo principal do presente trabalho que é a temática abandono afetivo, é interessante falar um pouco sobre a dissolução da família.

O princípio do afeto

No passado, como já dito, prevalecia um antigo paradigma da legalidade, onde era reconhecida como família legítima, a família matrimonial, sendo apenas reconhecidos como filhos legítimos os filhos oriundos desse relacionamento matrimonial.

Todos esses paradigmas relacionados a essa realidade que o nosso legislador os empunha foram cedendo espaço há um novo paradigma, o da afetividade. Esse afeto não é aquele relacionado há um sentimento, afeto, nesse caso, é um valor jurídico, que pode ser exteriorizado, podendo ser comprovado através da análise da conduta desses atos representativos dessas relações afetivas. Como afirma Dias (2007), o afeto surge como um novo olhar do legislador, da doutrina e da jurisprudência, se consolidando como um direito fundamental.

A exemplo, esse afeto pode ser aferido através do cuidado que os membros dessa família têm uns para com os outros. O cuidado pode ser observado por meio da convivência, o afeto também pode ser visualizado através dessa continuidade dessa relação afetiva, por meio da manutenção do cuidado e da convivência, poderia ser percebido pela sociedade, por meio da publicidade ou ostensividade.

É possível perceber que esses pontos falados, cuidado, convivência, continuidade, publicidade, são pontos que podem ser observados uma simples relação de amizade, entre tanto o que faz o afeto ter valor jurídico, é quando a intenção de constituir família, em que essas pessoas se intitulam como família, e se consideram partes de uma. Com isso o afeto torna-se um elemento embrionário da estruturação familiar. Atualmente os tribunais do Brasil a cada dia estão usando mais ainda o princípio da afetividade para embasar suas decisões, como pode-se

observar nessa apelação, que concedeu não concedeu paternidade para o apelante, pois, não reconheceu o vínculo afetivo:

EMENTA: APELAÇÃO - DIREITO DE FAMÍLIA - RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE - AFETIVIDADE - INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. - Provada a ausência de liame biológico, importante aferir se há vínculo social e afetivo capaz de justificar o reconhecimento do estado de parentesco na linha reta de primeiro grau, entre as partes - A afetividade tem valor jurídico para o Direito de Família, porém não tem o status de princípio constitucional ou standard - Ausente a constatação do vínculo emocional e afetivo inerente às relações de filiação legal, não há como se reconhecer a paternidade socioafetiva, muito menos post mortem. (TJ-MG - AC: XXXXX70149989001 MG, Relator: Alice Birchal, Data de Julgamento: 01/10/2019, Data de Publicação: 07/10/2019)

Os princípios são de suma importância para o direito em um todo, grandes e ilustres autores versão sobre princípios e regras, tendo os princípios características únicas que os fazem permanecer intactos ao tempo mesmo que não prevaleçam sendo um valor normativo de peso no cenário jurídico.

Acerca dos princípios e regras, enquanto as regras impõem resultados, os princípios atuam na orientação do sentido de uma decisão. Quando se chega a um resultado contrário ao apontado pela regra é porque ela foi mudada ou abandonada; já os princípios, ainda que não prevaleçam, sobrevivem intactos.

Um determinado princípio pode prevalecer em alguns casos e ser preterido em outros, o que não significa sua exclusão. Assim como os aplicadores do Direito devem seguir uma regra considerada obrigatória, “também devem decidir conforme os princípios considerados de maior peso, ainda que existam outros, de peso menor, apontado em sentido contrário.

O princípio do afeto é devidamente constituído por valores comuns e notórios no nosso dia a dia tais como: o companheirismo, o amor, a gratidão, o apego, a boa convivência e entre inúmeros outros fatores que colaboram para que esses sentimentos sejam recíprocos. Ele está previsto em nossa Constituição Federal de 1988 nos artigos seguintes:

Art.226 § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

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.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 1988).

Por mais que não seja possível constata de forma expressa o afeto no ordenamento jurídico, encontramos algumas disposições que estão positivadas ao ordenamento. O afeto estar devidamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio da solidariedade. Em relação ao direito de família o afeto assumi papel fundamental de acordo com as relações criadas a partir do princípio afetivo.

Os princípios têm valor de norma no Direito, criando-se assim a possibilidade de existir

uma relação jurídica no registro dos pais e filhos afetivos, pois este instituto ainda não é reconhecido por lei e para que ocorra o vínculo jurídico é necessário que esse instituto esteja baseado em uma norma onde as únicas possibilidades encontradas sejam embasadas através da lei ou do princípio já que os mesmos, tem força de norma criando-se assim o vínculo jurídico preciso.

DO ABANDONO AFETIVO

Sabe-se que o filho precisa tanto do pai quanto da mãe na sua construção até a vida adulta, até mesmo depois disso, nos casos especiais. É preciso que um permita o direito de existência do outro na vida de seus filhos. A separação conjugal não pode se alongar até quebra de contato entre pais e filhos, porque existe uma necessidade da presença dos pais no desenvolvimento cognitivo do filho.

São inúmeros os fatores que distanciam os filhos da presença de um ou de ambos os genitores. Além da dificuldade de convivência integral com o pai e a mãe em razão do tipo de guarda e pelos mesmos não conviverem no mesmo ambiente, existem outros fatores que contribuem para a omissão dos pais no que tange à convivência e assistência ao filho no contexto em questão.

Há de se salientar, sem profundas discussões, a respeito da alienação parental, termo atribuído à situação em que um dos pais passa a manipular o(s) filho(s) para que este(s) se afaste(m) da figura do genitor que teria abandonado o lar. Dias (2015, p. 545) ao tratar de alienação parental usa as seguintes palavras:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejarão desejo de vingança, dinâmica que fará com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas com o débito conjugal. (DIAS, 2015, p. 545)

A ausência de um dos genitores é tratada com tanta seriedade e vista como dantesco prejuízo à criança, que a alienação parental se tornou crime, passando a ser regulada pela Lei nº 13.431/2017, em vigor desde abril de 2018.

Considera os atos de alienação parental como violência psicológica e assegura ao genitor alienado o direito de pleitear medidas protetivas contra o autor da violência. Percebemos então, que o afastamento pode ser vontade própria ou por imposição do outro genitor.

É em casos como esse ou outros em contexto diverso que surge o abandono afetivo, termo que pode ser compreendido como o distanciamento entre pais e filhos alimentado pela falta de cuidado, educação, companhia e afetividade à prole. Situação que demanda atenção e preocupação por parte do direito.

Da responsabilidade civil

A responsabilidade civil compõe o Direito Obrigacional. Portanto, está inerentemente relacionada à obrigação, que nasce para o autor, obrigação esta de reparar o dano causado a outrem como resultado do ato praticado.

A responsabilidade civil pressupõe um dano causado ao outro, no qual surge uma obrigação de reparar o bem jurídico violado. O art. 186 do Código Civil prevê que: aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Logo, são definidos como pressupostos da responsabilidade civil: o Dano, a conduta e o nexo causal. Como afirma Gonçalves (2012, p. 24), a responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para reparar o dano decorrente da transgressão de um dever jurídico originário.

Todo aquele que infringir um bem jurídico por meio de um ato (seja lícito ou ilícito) terá a obrigação de reparar o dano causado. Isso ocorre pela criação de um dever jurídico sucessivo de reparar danos. Tal dever surge em decorrência do dever jurídico originário de não gerar danos a outrem.

Logo, entende-se que aquele que pratica um ato ou se omite a fazer algo que deveria, deve sujeitar-se às consequências geradas. Além disso, é importante destacar que o dano gerador da responsabilidade não é apenas voltado aos aspectos materiais, mas também às questões morais.

São três os elementos: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. O artigo 186 do Código Civil traz os elementos da responsabilidade civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. (BRASIL, 2002)

A conduta humana pode ser positiva (um fazer) e negativa (uma omissão). Essa conduta deve ser voluntária, o que não significa, necessariamente, a vontade de causar prejuízo (culpa). A voluntariedade é tão simplesmente ter consciência da ação cometida. A voluntariedade do agente deve existir tanto na responsabilidade subjetiva (baseada na culpa), como na responsabilidade objetiva (fundada na ideia de risco).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 936, além de prever a responsabilidade civil por ato do próprio indivíduo, prevê a responsabilidade por ato de terceiro ou por fato do animal.

Na prática o abandono afetivo atende justamente o significado da palavra, quando os pais deixam de prestar o afeto necessário a seus filhos, não prestam o apoio emocional e tratam com indiferença a criança. Não se pode confundir apoio emocional com a prestação de alimentos ou com o apoio financeiro, pois o abandono afetivo trata do apoio psicológico, social e emocional.

A tutela do abandono afetivo não é o material e sim o sentimental, o abandono não ocorre somente com pais divorciados e pode ocorrer de maneira inversa dos filhos para com os pais. Logo, o abandono afetivo na prática é deixar de atender as necessidades emocionais dos filhos, seja na convivência familiar costumeira ou no abandono do direito de visitação. Por meio disso, pode-se chegar à conclusão de que a falta de afeto está intimamente ligada as emoções, sendo o afeto um dos pilares para um desenvolvimento saudável da criança.

DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental, que ganhou um espaço mais evidente nesses anos, é uma prática que sempre existiu, mas passou a ser debatida com mais seriedade e preocupação há alguns

anos atras. Um dos fatores que contribuiu bastante com o surgimento do interesse sobre essa matéria foi o fato das pessoas passarem a ver o divórcio sem preconceito, ao analisar a dissolução matrimonial como algo comum se faz necessário trabalhar todos os seus efeitos na sociedade.

Marcada pelo abuso no exercício do poder familiar e a violação dos direitos de personalidade da criança e do adolescente em formação, em 26 de agosto de 2010, foi sancionada a Lei n. 12.318 que regulamenta e define o tema no Brasil:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou a manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

De acordo com Patino (2012), podemos conceituar a alienação parental, como um ato de interferência psicológica causada ao menor para que o mesmo se afaste fisicamente e emocionalmente de um de seus genitores, que geralmente ocorre por parte do outro genitor.

A Alienação é um conceito marcado por polissemias e bastante utilizado por diversas áreas do conhecimento. Partindo do conceito sob o ponto de vista do senso comum tem-se a alienação por ato de fazer perder ou perturbar a razão, uma conotação visivelmente negativa com o objetivo de afastar o alienado dos acontecimentos reais. (SILVA, 2002, p. 26) A locução completa com o qualificativo 'parental' diz respeito aos pais e a outros parentes próximos da criança ou adolescente que participem do núcleo de convivência familiar, podendo figurar tanto no polo ativo como passivo da alienação. (OLIVEIRA, 2015, p. 281)

Em 15 de julho de 2009, um grande passo foi dado a respeito da Alienação Parental no Brasil, aprovado pela Comissão de Seguridade e Família, foi promulgado o projeto de Lei nº 4053/08 que posteriormente foi transformado na lei ordinária 12.318/2010. O sistema patriarcal na organização da família brasileira vigorou até a Constituição Federal de 1998, quando a figura da mulher foi equiparada ao homem em seus direitos e deveres, podendo de forma igualitária e em condições de chefia atuar na sociedade conjugal, o que foi indiscutivelmente ratificado pelo Código Civil vigente.

A alienação parental é um tema relativamente novo, que adentrou no cotidiano jurídico com a promulgação da Lei 12.318 em 26 de agosto de 2010, uma vez que, suas inovações no direito de família foram surgindo com novos desafios, onde vem envolvendo os direitos das crianças e adolescentes, assim como é possível haver uma compreensão com maior destreza, e ser feito uma análise de suas modalidades no âmbito das famílias existentes no Brasil.

A sua origem está relacionada a mudança da convivência familiar, onde sua prática acontece de forma mais recorrente quando existe uma maior aproximação entre pais e filhos, atitude que vem desencadeado a atenção cada vez mais da sociedade. Portanto, esse tipo de conduta sempre existiu. Contudo, somente agora, com toda essa valorização dos afetos em meio às relações familiares e a conscientização da responsabilidade paternal, é que passou a ter a devida relevância por parte da sociedade.

Para que seja tratado a respeito da alienação parental, é importante distingui-la da síndrome de alienação parental, não que possa causar algum problema assimilar seus conceitos, contudo, há relevantes diferenças. Há uma grande discussão acerca de sua real nomenclatura,

onde é possível concluir que ambas estão corretas, ao mesmo tempo em que são diferentes.

Segundo Madaleno e Madaleno (2017, p. 27):

O primeiro conceito da Síndrome da Alienação Parental – SAP, conhecida também em inglês como PAS, foi apresentada em 1985, pelo americano Richard Gardner, a partir de sua prática como perito judicial. Sendo que a denominação Síndrome não é usada na lei brasileira em virtude de não existir na Classificação Internacional de Doenças (CID) e também porque a lei não trata dos sintomas e efeitos da Alienação Parental.

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio causado na criança e no adolescente, que surge quase exclusivamente no contexto que trata a disputa de custódias disputadas entre os pais, onde sua principal campanha denegatória é sempre contra um dos genitores. Observa-se que nada mais é do que uma disputa de ego entre pais que não colocam os filhos em primeiro lugar, e sim suas frustrações pessoais, muitas vezes provindas de um término complexo.

Das consequências jurídicas para os alienadores parentais

Quando existe a confirmação de que realmente está ocorrendo a prática da alienação parental, existem medidas que devem ser tomadas. Essas medidas funcionam, não com o objetivo de penalizar os pais, mas sim, de proteger os direitos individuais indisponíveis do menor. Inicialmente, o PL de Alienação Parental previa, em seu artigo 10, modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente, definindo a prática de alienação parental como um crime, a ser punido com pena de detenção de seis meses a dois anos.

Quando é percebido que o menor está sofrendo de alienação parental, o juiz poderá, quando necessário, determinar perícia psicológica ou biopsicossocial, poderá ocorrer em ação autônoma ou incidental. Tal medida, será crucial para que se apure se realmente existe a prática dessa conduta. Neste sentido, quando caracterizado essa prática, a Lei de Alienação Parental, em seu artigo 6º, traz um rol taxativo das possíveis decisões do juiz, são elas:

I - Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; III - estipular multa ao alienador; IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial; V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; VII - declarar a suspensão da autoridade parental.

Deste modo, considerando que o processo terá tramitação prioritária, nota-se que o principal objetivo, é defender o interesse do menor. As medidas devem ser executadas o mais rápido possível, por isso, deve o juiz analisar singularmente cada caso por se tratar de procedimento complexo.

A Lei 12.318/10, também dispõe que se não for possível a guarda compartilhada, nos casos em que se faria necessária, a atribuição ou alteração da guarda será em favor do genitor que não impede o menor de ter contato com o outro genitor, ou seja, que não cria obstáculos para que haja a proximidade entre os mesmos.

Deste modo, a intolerância de quem comete alienação parental acaba prejudicando também quem o faz, pois visto que a guarda ficará com o genitor que não impede o contato do menor com a outra parte, essa conduta por parte do alienador causará não só medidas previstas em lei, mas também consequências emocionais.

Das consequências psicológicas causadas pela alienação parental

O psiquiatra infantil Richard Gardner investigou as consequências da alienação na saúde mental das crianças e adolescentes, concluindo que a formação psicológica e afetiva da vítima sofre uma série de danos. A chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP) é um transtorno desenvolvido principalmente por crianças que são alienadas. O filho com SAP apoia o pai alienador sem pensar duas vezes, criando as suas próprias fantasias sobre o pai alienado por conta da manipulação que sofreu.

Segundo Gardner (1998, p, 85):

A alienação parental é um processo que consiste em programar uma criança para que odeie um dos seus genitores sem justificativa, por influência do outro genitor com quem a criança mantém um vínculo de dependência afetiva e estabelece um pacto de lealdade inconsciente no caso de a síndrome de alienação parental SAP se instalar, a convivência com o genitor alienado ficará ameaçada a ser destruída ou em casos mais graves será destruída a convivência da criança com o alienado.

Ele não apresenta culpa acerca de seus comportamentos contra o pai alienado, concorda em participar de encenações para acabar com a imagem do outro e propaga animosidade aos seus amigos, conhecidos e restante da família. Deste modo, os filhos, incapazes de perceberem as verdadeiras intenções do pai alienador, são colocados contra uma pessoa amada e incentivados a romper o vínculo com ela. A perda desse laço afetivo por si só causa muitos problemas ao longo seu desenvolvimento. Na verdade, ela possui efeitos quase traumáticos.

O filho que é incentivado a repudiar o pai ou a mãe sofre tentando compreender o que causou a suposta conduta imprópria. Essas indagações podem se estender para a sua autoimagem uma vez que o filho começa a se perguntar 'Por que eu?' e 'O que eu fiz para merecer esse tratamento do meu pai ou da minha mãe?'. Além disso, durante processos turbulentos de obtenção de guarda e de divórcio, os filhos podem experimentar muito estresse, ansiedade e tristeza. As disputas incessantes e táticas de alienação os levam à exaustão mental. A criança emocionalmente desgastada está sujeita a ter episódios recorrentes de terror noturno, insônia e crises de ansiedade.

Filho, desde o início de um processo alienatório precisa de um acompanhamento médico/psicológico. Deste modo, pode-se impedir o progresso da alienação para a síndrome da alienação parental, que, acredita-se, que a partir do momento em que a criança passa a envolver-se de forma ativa no processo alienante que se configura a SAP.

Perante dessa atmosfera nociva à saúde psicológica e física da criança, analisa-se a precisão de encaminhar a uma equipe multidisciplinar, abrangendo, maiormente, profissionais da psicologia, na medida em que se nota a gravidade da situação. Será afetada a prosperidade psíquica da criança/adolescente, decorrente da omissão da busca de suporte psicológico, porque ele passa boa parte do seu tempo repudiando o outro genitor alienado, e posteriormente pode acabar adquirindo repúdio do genitor alienador.

Não bastasse isso, com a falta de tratamento adequado, poderão surgir as consequências da síndrome da alienação parental, tornando-se, muitas vezes, irreversíveis.

Compete-se o dever de encaminhar o menor alienado à qualquer um dos operadores do Direito, devendo contribuir para o direcionamento da criança/adolescente vítima da alienação

parental, ao médico, psicólogo ou psiquiatra. Contudo, para tomar a iniciativa não cabe somente aos profissionais do Direito, podendo assim, qualquer membro da família, profissionais da educação, amigos das pessoas envolvidas na alienação, enfim, todos tem o dever de colaborar para o encaminhamento adequado, seja de forma direta ou indireta.

Para que a criança e/ou adolescente receba um tratamento psicológico adequado, se faz necessário encaminhá-los, logo que percebam quaisquer indícios de uma alienação, para que os efeitos desta ou da síndrome decorrente da alienação parental, sejam minimizados ou suprimidos, de modo para que possa permitir que o menor alienado tenha um futuro saudável.

A exposição da criança a esse tipo de atitude, iniciada por um dos pais ou responsáveis, suscita um transtorno no comportamento infantojuvenil. A menor, vítima do abuso passa a ter sua ligação tanto física como psicológica enfraquecida com seu outro genitor, podendo evoluir para níveis mais severos, nos quais o infante começa a se tornar conivente com a conduta, apresentando reações de extrema hostilidade em relação a esse progenitor.

Esse fenômeno mostra-se como uma consequência direta do distúrbio já instalado em seu psicológico, atingindo com mais severidade as crianças de mais tenra idade. Durante a prática de alienação parental e o desenvolvimento da síndrome, a psiquiatria reconhece três estágios evolutivos, caracterizados pelos efeitos psicológicos gerados: 1º) estágio leve: a visitação da criança ou adolescente ao genitor alienado é tranquila

Em casos de comprovação da alienação parental, a legislação prevê uma série de medidas que deverão ser adotadas para o reestabelecimento dos vínculos afetivos violados e a imediata cessação dos atos de alienação.

Nos termos do Art. 6º, da Lei 12.318/2010, caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com o genitor, a justiça decretará medidas para reparar os danos causados e punir o alienador, tais como: advertência, multa, alteração ou inversão da guarda, fixação cautelar de domicílio do infante e suspensão da autoridade parental. Pode ainda o alienador, sem prejuízo de responsabilização civil (danos morais e materiais), responder a processo criminal pelos seguintes delitos: denúncia caluniosa – pena de até 08 anos de reclusão; comunicação falsa de crime – pena de até 6 meses de prisão; falso testemunho – pena de até 6 meses de prisão; difamação, calúnia e injúria – pena de até 2 anos de prisão; constrangimento ao menor – pena de até 2 anos de prisão.

O presidente Jair Bolsonaro sancionou uma lei que modifica regras sobre alienação parental, situação que ocorre quando o pai ou a mãe age para colocar a criança ou adolescente contra o outro genitor. Publicada no Diário Oficial da União, a Lei 14.340 tem origem em um projeto de lei (PL 634/2022) aprovado em abril pelo Senado.

A nova norma retira a suspensão da autoridade parental da lista de medidas possíveis a serem usadas pelo juiz em casos de prática de alienação parental prevista anteriormente na Lei 12.138, de 2010 (Lei da Alienação Parental). Permanecem as outras medidas, tais como advertência ou multa ao alienador, ampliação do regime de convivência familiar com o genitor alienado ou ainda a alteração da guarda para compartilhada ou sua inversão.

A lei assegura à criança e ao genitor a visitação assistida no fórum em que tramita a ação ou em entidades conveniadas com a Justiça, ressalvados os casos em que há iminente risco de

prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou adolescente. Entre os principais problemas causados por esse tipo de estresse estão: desinteresse e desatenção na escola; prejuízo da arquitetura do sono; dores de cabeça ou dor abdominal como uma forma de manifestação; rompantes de agressividade, irritabilidade e depressão infantil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, pode concluir que conceituar família não é algo mais tão simples como era outrora, pois, para o direito civil, família pode ser compreendida por diversas formas de união diferentes. Por existir tanta diversidade de famílias, a legislação procurou resguardar os direitos de todos os filhos, independente se esses são biológicos, por adoção, os afetivos, portanto os filhos havidos ou não da relação de casamento ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, isto quer dizer que não há diferença entre os filhos que compõem uma família.

No descontentamento de uma relação falida, surgem os problemas, como a alienação parental, ficou definido no presente trabalho que considera os atos de alienação parental como violência psicológica e assegura ao genitor alienado o direito de pleitear medidas protetivas contra o autor da violência. Percebemos então, que o afastamento pode ser vontade própria ou por imposição do outro genitor.

Por fim, concluímos que a alienação parental causa diversos problemas emocionais e psicológicos na vida da criança e do adolescente, como apresentado na presente obra, muitas crianças passam a desenvolver a síndrome da alienação parental, que foi conceituada como o ato de programar uma criança para que odeie o genitor sem qualquer justificativa. Trata-se de verdadeira campanha para desmoralizar o genitor. No mais, após esse trauma, a criança necessita de apoio psicológico e até mesmo jurídico para que tudo se resolva da melhor forma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DF: Senado Federal: Centro Gráfico.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990: o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 20 set. 2020

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, Volume 2: Obrigações: responsabilidade civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 10ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do Estado. 3ª Ed. São Paulo: Centauro, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: direito de família. Vol. 6. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. Novo curso de direito civil. V. 3: responsabilidade civil. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GARDNER, Richard, 1985. A.M.D. APASE. Acessado em 20 novembro das 2022 às 11:00. Disponível em: (<<http://www.apase.org.br/94001-sindrome.htm>>)

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. Volume 6. Direito de Família. 12ª edição. São Paulo. Saraiva. 2015.

LACERDA, André Reis. O papel dos pais perante o Estatuto da Criança e do Adolescente. 2013. Disponível em: <https://asmego.org.br/2013/10/23/o-papel-dos-pais-perante-o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acesso em: 14 maio 2022.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MILLER, A. O drama da criança bem dotada: como os pais podem formar (e deformar) a vida emocional dos filhos. São Paulo: Summus, 1997.

MORGAN, Lewis Henry. A sociedade antiga. 1877. Disponível em: <https://revistasofosunirio.files.wordpress.com/2012/04/a-sociedade-antiga.pdf>. Acesso em: 05 de fev. de 2023.

NOSELLA. P. A escola em Gramsci. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade - guarda e convivência. in: Tratado de direito das famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PATIÑO, Ana Paula Corrêa. Direito civil: direito de família. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PEREIRA, Aurea Pimentel. A nova Constituição e o Direito de Família, Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 23.

RODRIGUES, Lia Palazzo. Algumas considerações sobre o direito de família no novo Código Civil e seus reflexos no regime supletivo de bens. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Holf Hanssen (Coords.) Direitos Fundamentais do Direito de Família. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, Evandro Luiz. SAP: a exclusão de um terceiro. in: Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião. Porto Alegre: Equilíbrio, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva. São Paulo: Revista dos tribunais, 2003.



Penalização da execução fiscal: o processo criminal como instrumento de satisfação dos anseios fiscais-administrativos

Caio Henrique Vilela Costa

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.5

RESUMO

A evolução das legislações penais que criminalizam condutas na seara tributária, devidamente acompanhada de uma evolução de legislações despenalizadoras para os que pagam a dívida fiscal, demonstra objetivos propriamente administrativos do Estado para recuperação dos valores em aberto. Com o julgamento do RHC 163.334 no Supremo Tribunal Federal, a inadimplência de tributo ou contribuição social passou a ser considerada como crime, evidenciando que o processo penal vem se tornando uma nova ferramenta para suprir as falhas da execução fiscal.

Palavras-chave: execução fiscal. crime tributário. interpretação. extinção de punibilidade. inadimplência.

ABSTRACT

The evolution of criminal laws that criminalize conduct in the tax area, duly accompanied by an evolution of decriminalizing laws for those who pay the tax debt, demonstrates properly administrative objectives of the State for the recovery of outstanding amounts. With the judgment of RHC 163.334 in the Supreme Federal Court, the failure to pay taxes or social contributions has come to be considered a crime, showing that the criminal process has become a new tool to address the failures of tax enforcement.

Keywords: tax enforcement. tax crime. interpretation. extinction of punishment. default.

INTRODUÇÃO

Prima ratio: nadando contra a corrente, o movimento penalizador brasileiro se afasta, progressivamente e de forma mais intensiva, da característica fundamental do direito penal como dispositivo de punição em última razão. São regulações em âmbitos inteiros, a exemplo do meio ambiente e da estrutura econômica, que há tempos demonstram a nova utilização do sistema penal.

De acordo com Silva Sánchez, este fenômeno é qualificado como a “administrativização” do direito penal¹. Para o autor, nas sociedades pós-industriais, a legislação penal vem assumindo um raciocínio de direito administrativo, quando é utilizado como um direito geral de gestão de problemas sociais.

Efetivamente, o movimento da transformação do instrumento penalizador em mais uma legislação de regulação indica duas consequências inevitáveis: a) fortalecimento da simbologia das normas penais; b) utilização do direito penal como “sucedâneo” administrativo.

A primeira consequência é de percepção antiga, dada a criatividade ilimitada em seara penal, principalmente no Brasil, em que se utiliza do direito penal como bandeira de prevenção da criminalidade. O resultado da atividade legislativa é um emaranhado de normas penais sem efetividade, que apenas servem/serviram, em determinado momento, para saciar a ânsia popu-

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, pág. 131.

lacional por penas mais graves, por mais tipificações penais e mais presos no sistema carcerário – como se já não bastassem os números exorbitantes da população na cadeia.

Trata-se de evasão completa ao princípio da fragmentariedade, de forma que o direito penal vem deixando de ser “*um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar do penalmente indiferente*”². Quanto mais bens forem protegidos, menos concreta se torna a atuação do poder punitivo em face das violações.

Por outro lado, a regulação penal do âmbito administrativo pode assumir, para o poder público, característica diferenciada de efetividade não-penal. Aqui entra a segunda consequência inevitável que, para melhor compreensão, impõe-se a análise de elementos das legislações aplicáveis aos ilícitos penais na seara tributária.

É de saber notório que as execuções fiscais possuem percentual ínfimo de recuperação dos créditos não adimplidos. Em 2015, um trabalho realizado pela Advocacia Geral da União, pelo então advogado-geral Luís Adams, demonstrou alguns índices de recuperação da dívida ativa federal, apresentando 0,9% de efetividade das execuções fiscais³, bem como elencando alternativas ao procedimento executivo-fiscal.

Em contrapartida, é cada vez mais comum a deflagração de operações que envolvem a prática de crimes tributários, a criação de novas normas incriminadoras e a modificação da hermenêutica dos tribunais superiores sobre condutas delitivas de fraude e sonegação dos tributos.

Ainda que não seja permitido a um tribunal legislar, algumas interpretações representam uma extensão da definição legal, inserindo no âmbito penal analogias e interpretações *in malam partem*, prejudiciais ao interesse do acusado, em violação ao princípio basilar da legalidade.

Contudo, as persecuções penais por crimes tributários possibilitam, ao agente, benefícios diversos que têm o poder de extinguir a punibilidade do acusado, revelando um direito penal diferenciado, com finalidades diversas da punição e ressocialização de um agente infrator. Nasce, portanto, um questionamento sobre os interesses e rumos da legislação penal na seara tributária: trata-se da busca pela punição ou da coação do agente para quitação integral do débito fiscal?

HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES CRIMINALIZADORAS NA SEARA TRIBUTÁRIA

No Brasil, a criminalização da falta de pagamento de tributo tem origens no Código Criminal do Império, de 1830⁴. Em seu artigo 177, a legislação imperial punia a prática do descaminho, hoje previsto no art. 334 do Código Penal Brasileiro, que consiste em iludir no todo ou em parte o imposto devido pela entrada de mercadorias no território nacional. As penas previstas para o agente eram de perda de mercadorias e de multa, em metade ou no montante total do valor dos bens⁵.

² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 3. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. V.1, pág. 120.

³ LUCENA ADAMS, Luís Inácio. *A necessidade de Racionalização da Execução Fiscal*. Disponível em <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=194612>.

⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito penal econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 362.

⁵ Narra a redação original artigo citado: *Importar, ou exportar generos, ou mercadorias prohibidas; ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação, ou exportação. Penas - perda das mercadorias ou generos, e de multa igual á metade do valor delles.*

Replicando a disposição acima, o Código Penal Republicano de 1890, em seu art. 265⁶, modificou apenas a pena relativa ao descaminho, cominando a privação de liberdade até 4 (quatro) anos para o sujeito ativo.

Esse desenvolvimento histórico demonstra que a preocupação em impedir o desvio de tributos, que é uma das principais fontes de renda de um Estado, ensejou a criminalização dessas condutas ainda que não houvesse pena privativa de liberdade em debate⁷. Não se tratava apenas da mera repressão àquele que deixa de adimplir o valor respectivo, mas sim uma punição ao desrespeito do direito do Estado sobre determinada operação de entrada de mercadorias realizada.

Seguindo esse raciocínio, o Código Penal Brasileiro (Decreto-lei 2.848, de 07.12.1940) manteve a disposição relativa ao descaminho prevista na legislação de 1890, inclusive no montante de pena privativa aplicada de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Até então, a disciplina dos tipos penais tributários não indicava qualquer crescimento normativo. Entretanto, a partir de 1964, iniciou-se uma evolução normativa com a edição do delito de apropriação indébita de determinados impostos, nos termos da lei 4.357, de 16.07.1964, caso o recolhimento não fosse efetivado dentro dos 90 dias do término do prazo⁸. O artigo 11 da lei federal em destaque importou as penas do art. 168, do Código Penal Brasileiro, para a ausência de recolhimento dos tributos listados em suas alíneas.

No ano seguinte, em 1965, editou-se a lei da sonegação fiscal, com previsão de privação de liberdade de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos para aqueles que prestam declaração falsa, omitem ou inserem elementos inexatos, com a finalidade de se eximir do pagamento ou de reduzir o tributo respectivo.

Essa lei, de n.º 4.729/1965, representa grande marco por englobar todo e qualquer tipo de tributo. Não se trata apenas de um rol de impostos, como fez o artigo 11 da lei 4.357/1964, mas sim condutas determinadas que se estendem independente da natureza da operação. Também se verifica a extensão de condutas em relação ao descaminho, previsto nos códigos penais desde a época imperial, que trata dos tributos incidentes na entrada de determinado produto no território nacional.

Mas a partir da modernização das estruturas econômicas, do crescimento exponencial dos negócios privados e da necessidade de regulação do mercado, o Estado passou a propor regulações penais para tentar acompanhar o risco incrementado com a modernização e a globalização⁹. Um termo comumente utilizado para identificar esse movimento é “expansão”. De acordo com Bozza (2016), essa expressão:

“[...] se caracteriza pela criação legislativa de novos tipos penais, que apresenta como objetivo declarado a proteção de bens jurídicos coletivos, dos quais somente nessa época se reconhece a importância da tutela por meio do direito penal, como tipos penais destinados à proteção ambiental e do sistema econômico. Ademais, para prevenção desse tipo de criminalidade se faz uso de normas mandamentais, outra característica da expansão.”¹⁰

⁶ Destaca o dispositivo legal originalmente: *Importar ou exportar, gêneros ou mercadorias proibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento: Pena - de prisão celular por um a quatro anos, além das fiscais.*

⁷ PRADO, Luiz Régis. *Op., cit., p. 362.*

⁸ PRADO, Luiz Régis. *Op., cit., p. 363.*

⁹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.*

¹⁰ BOZZA, Fábio da Silva. *As dimensões da expansão do direito penal. Canal de Ciências Criminais, 2016, disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal/>. Acesso em 23 de setembro de 2020.*

Nesse cenário, insere-se a lei 8.137/1990, que revoga a legislação de 1965 e disciplina os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. As novas disposições normativas são expressivamente mais descritivas e detalhadas, com penas mais elevadas para as fraudes e demais condutas que impliquem na supressão ou reduzir do tributo devido.

Em conjunto com as disposições do código penal, em seu artigo 168-A (para a apropriação indébita previdenciária) e artigo 334 (para o delito de descaminho), a lei 8.137/1990 passa a regular por completo os problemas de inadimplemento, sonegação e apropriação dos tributos. Curioso notar, contudo, que o crescimento das legislações penais tributárias foi acompanhado do nascimento e aprimoramento de normas despenalizadoras para essa espécie de crime.

CRESCIMENTO DAS LEGISLAÇÕES DESPENALIZADORAS NA SEARA TRIBUTÁRIA: QUAL O OBJETO DO TIPO PENAL TRIBUTÁRIO?

Como visto, a primeira disposição sobre um crime tributário no Brasil, à época do império, não previa pena de privação de liberdade ao infrator. As penas possuíam um cunho financeiro (perda da mercadoria e multa) capaz de recuperar aos cofres do Estado o tributo perdido anteriormente. O agente criminoso era punido com uma sanção econômica que garantia à fazenda pública o tributo anteriormente omitido.

As legislações seguintes, contudo, cominaram a privação de liberdade nas penas cabíveis, aumentando o desvalor das condutas. Esse movimento de majoração das penas e aumento dos riscos, para a prática de delitos envolvendo tributos, foi, curiosamente, acompanhado pela implementação de medidas despenalizadoras para as espécies de tipo penal tributário.

Basta verificar que a própria lei de sonegação fiscal (4.729/1965), em seu artigo 2^o¹¹, possibilitava que o agente realizasse o recolhimento do tributo devido antes do início da esfera administrativa, o que repercutia na extinção da punibilidade no tocante aos delitos previstos naquela legislação. O conteúdo, porém, não era tão eficaz por praticamente produzir o disposto no art. 138, do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre a denúncia espontânea da infração tributária pelo devedor, a partir do pagamento do montante do tributo acrescido dos acessórios (juros de mora):

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.¹²

Enfrentando esse problema, fora editado o decreto-lei 157, de 1967, que prevê, em seu artigo 18, a extinção de punibilidade do agente que promove o pagamento do tributo fraudado ou sonegado ainda que no curso da ação fiscal respectiva.

Com o advento da legislação de 1990 (lei 8.137/90), a extinção da punibilidade pelo pagamento foi expandida ainda mais, desde que quitada a quantia em aberto antes do recebimento da denúncia. Assim como todo o histórico anterior de disciplinas sobre a extinção de punibilidade da seara penal tributária, essa última disposição passou por diversas rediscussões, com revogação e novas inserções da temática em leis posteriores. Não por outro motivo, Maximiliano Führer

¹¹ Diz o art. 2º, da Lei 4.729/1995: *Extingue-se a punibilidade dos crimes previstos nesta Lei quando o agente promover o recolhimento do tributo devido, antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria.*

¹² BRASIL. Lei Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966: institui o Código Tributário Nacional.

aponta que a problemática do pagamento do tributo, como motivo da extinção de punibilidade nos crimes tributários, não se consolidou com tranquilidade:

“No Direito Penal Tributário, o pagamento integral do tributo é, de longe, a causa mais importante de extinção da punibilidade. O histórico da legislação que regula a matéria se assemelha a uma novela romântica, com idas e vindas e momentos de grande emoção.”¹³

Hugo de Brito Machado, por sua vez, aponta que o pagamento do tributo como medida despenalizadora nos crimes tributários expõe duas visões distintas sobre a natureza do instituto:

“A questão da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo tem sido objeto de sérias divergências. De um lado os que pretendem um direito penal desprovido de utilitarismo, sustentando que admitir a extinção da punibilidade pelo pagamento implica favorecer os mais abastados, que poderão livrar-se da sanção pagando o tributo cobrado. De outro, os que sustentam que a criminalização do ilícito tributário é, na verdade, desprovida de conteúdo ético, prestando-se mesmo como instrumento para compelir o contribuinte ao pagamento do tributo e que, por isto, deve ser premiado o que paga porque permite seja alcançado o objetivo a final buscado com a cominação da sanção penal.”¹⁴

Atualmente, essa modalidade de extinção da punibilidade é regulada ao menos por quatro legislações distintas¹⁵. Entretanto, a mais característica e com maior extensão de efeitos é a lei 10.684/03, por não exigir o pagamento até determinada fase do processo. Por seu artigo 9º, §2º, a norma retro citada impõe a extinção da punibilidade independente da fase processual quando há pagamento integral do tributo mais acessórios da dívida fiscal. Além disso, instituindo mais benesses ao sujeito ativo do delito fiscal, o *caput* do art. 9º, da lei 10.684/03, possibilita o parcelamento do débito tributário como caminho para a suspensão da pretensão punitiva do Estado.

Na linha do que ressalta Hugo de Brito Machado, a extensa regulação da extinção de punibilidade pelo pagamento do tributo vem demonstrando que, na verdade, a criminalização do ilícito fiscal vem se moldando como uma alternativa à ineficácia da execução fiscal¹⁶. O processo penal tributário passa a ser um sucedâneo da cobrança fiscal, com riscos muito maiores para o agente devedor que fortalecem a coação estatal para obtenção do valor em aberto.

Não por outro motivo, as legislações despenalizadoras elencam uma gama de possibilidades para o sujeito ativo do delito tributário. É possível refinanciar e renegociar o débito – a exemplo do Refis -, parcelar o montante ou promover a quitação em um único ato. Dependendo da escolha do contribuinte infrator, a punibilidade será suspensa, com resultado de extinção após o pagamento total, ou diretamente extinta com a quitação à vista.

O direito penal tributário se apresenta, portanto, como um setor repleto de legislações com características de direito penal do amigo. Ao contrário do direito penal do inimigo - popularizado do Günther Jakobs¹⁷ -, o direito penal do amigo tem como objetivo favorecer os indivíduos de classes sociais mais altas, principalmente em relação aos delitos de colarinho branco. Nesse sentido, expõe Barbosa que:

“Essa perspectiva do Direito Criminal é inerente aos cidadãos que fazem parte dos extratos sociais mais abastados da sociedade, notadamente a brasileira, e que exercem ou influenciam o poder econômico e/ou político no seio da comunidade em que estão inseri-

¹³ FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 2010, p. 78

¹⁴ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*, 31 ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2010, p. 524.

¹⁵ Especificamente, podemos elencar os seguintes dispositivos legais: art. 34 da lei 9.249/95, art. 83 da lei 9.430/96, art. 9º da lei 10.684/03 e a lei 12.382/11, que modificou e expandiu as possibilidades do art. 83 da lei 9.430/96.

¹⁶ Conforme estudo indicado na introdução.

¹⁷ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*. 2007. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado

dos. Aqui há a flexibilização da persecução criminal, a interpretação frouxa da legislação penal incriminadora, as gestões institucionais em benefício de investigados, indiciados e réus e o patrulhamento ideológico através de discursos panfletários em detrimento das autoridades públicas que exercem o seu mister em prejuízo dos interesses dos amigos.”¹⁸

Streck e Toscano dos Santos Júnior, em análise às legislações despenalizadoras citadas, também evidenciam o tratamento do direito penal do amigo pelo judiciário para os crimes contra a ordem financeira e tributários em geral:

“Há quase vinte anos, um dos coautores deste texto vem denunciando a seletividade penal e a conseqüente disparidade de tratamento dado às penas previstas para os delitos individuais, em especial nos crimes contra o patrimônio cometidos sem violência à pessoa, e os metaindividuais cometidos por agentes econômica ou politicamente poderosos, como nos casos da sonegação fiscal, da apropriação indébita previdenciária e dos crimes contra o sistema financeiro em geral.”¹⁹

Com essas considerações, pode-se afirmar que o direito penal tributário é, atualmente, uma das principais características da ‘administrativização’ do direito penal, como destaca Silva-Sanchez, sendo utilizado pelo Estado como um meio dotado de maior coercitividade para restituição dos tributos iludidos e desviados, principalmente em razão da baixa efetividade das execuções fiscais.

TRIBUTO DECLARADO E NÃO PAGO: O RHC 163.334 E A EXECUÇÃO FISCAL PENAL

Em julgado histórico, o Supremo Tribunal Federal confirmou um entendimento formado pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 399.109) para declarar como típica a conduta de deixar de recolher ICMS declarado (imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação). A tese firmada foi veiculada pelo tribunal constitucional com o seguinte conteúdo:

“O contribuinte que, de forma contumaz e com dolo de apropriação, deixa de recolher o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do artigo 2º (inciso II) da Lei 8.137/1990.”²⁰

A partir desse entendimento, o ICMS próprio que foi declarado e não pago passa a constituir o delito previsto no art. 2º, II, da lei 8.137/90, quando verificada a contumácia e o dolo de apropriação. Entretanto, os elementos indicados pelo Supremo Tribunal Federal possuem grande carga subjetiva, sem delimitação: o que seria a contumácia e como provar que não há dolo de apropriação?

Ressalta-se que, pela redação do art. 2º, II, da lei acima destacada, o que se criminaliza é a ausência de recolhimento do tributo ou contribuição social descontado ou cobrado. Um tributo descontado é aquele verificado na relação de substituição da responsabilidade tributária. Nesse sentido:

¹⁸ BARBOSA, Adriano Mendes. *O Direito Penal do Amigo ou “amicismo” jurídico-penal*. Revista *Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2596, 10 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17152>. Acesso em: 27 set. 2020.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; DOS SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. *Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder*. Revista de Estudos Criminais, [S. l.], ano 2013, n. 51, p. 33-192, 1 dez. 2013. Disponível em: <https://www.google.com/url>. Acesso em: 17 out. 2020.

²⁰ Apesar de ausência de publicação do acórdão, a tese pode ser verificada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *STF define tese que criminaliza não recolhimento intencional de ICMS*. Notícias STF, [S. l.], p. 1, 18 dez. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=433114>. Acesso em: 17 out. 2020.

Tributo descontado é aquele em que o critério temporal do fato gerador é concomitante com a incidência da regra de responsabilidade tributária. Ou seja, no mesmo momento em que ocorre o fato gerador da obrigação tributária, nasce a regra de responsabilidade outorgando o dever de retenção ao responsável tributário. Existem diversas normas que usam o termo “tributo descontado” justamente nesse sentido, corroborando nosso entendimento.²¹

Por sua vez, o tributo ou contribuição social cobrado é aquele que envolve uma responsabilidade tributária não apresentada de forma concomitante ao fato gerador. Ou seja, a responsabilidade de recolhimento precede ou sucede o verdadeiro fato que ensejou a incidência de determinado tributo. Trata-se de mais um caso de substituição tributária, de forma que o substituto toma para si a obrigação de quitar o débito tributário em fase distinta do fato gerador.

Os tribunais superiores, contudo, modificaram completamente esses conceitos para enquadrar todo e qualquer tipo de tributo ou contribuição social que não foi recolhido, ‘de forma contumaz e com dolo de apropriação’, no tipo penal do art. 2º, II, da lei 8.137/90, realizando uma interpretação extensiva para a piora do acusado. Cabe destacar que a extensão dos termos legais in malam partem viola o princípio da reserva legal, não sendo viável realizar uma nova concepção dos termos ‘cobrado’ e ‘descontado’ para se amoldar a uma inadimplência do tributo próprio (sem substituição tributária) declarado.

Com o novo conceito iniciado pelo Superior Tribunal de Justiça e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal, no RHC n.º 163.334, a facilidade de responsabilização criminal apenas pela falta de recolhimento do imposto declarado aumenta substancialmente. Como dito alhures, a subjetividade da prova do dolo de apropriação é tênue e depende do convencimento do juízo da causa. A cada acusação nesse sentido, a sorte do acusado, em situações dúbias sobre o dolo específico ditado pelo entendimento do STF, passa a estar lançada.

Seguramente, o entendimento em debate fortalece a concepção da ação penal como o meio mais coercitivo para recuperação de tributos. Enquanto há uma estabilização das diversas formas de extinção de punibilidade para os crimes tributários, o aumento progressivo dos delitos e a extensão dos conceitos previstos no tipo caminham para a consolidação do que se pode chamar de ‘execução fiscal penal’: iniciativa estatal que tem o objetivo da execução fiscal, mas possui a forma de uma ação penal.

A criminalização da inadimplência pura de um tributo próprio e devidamente declarado é a confirmação da prisão civil por dívidas, violando o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição Federal. Sobre isso, assevera MACHADO SEGUNDO (2020) que:

Assim, notadamente diante de dívida apurada e declarada pelo próprio sujeito passivo, considerar crime o inadimplemento representa verdadeira hipótese de prisão por dívida, algo que a ordem jurídica dos países que pretendem ser civilizados invariavelmente repele, assim como tratados de Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.²²

Ressalta-se que em oportunidade anterior (Agravo em Recurso Extraordinário n.º 999.425), o Supremo Tribunal Federal destacou que a lei 8.137/90 seria constitucional pois “se volta contra sonegação fiscal e fraude, realizadas mediante omissão de informações ou declaração falsa às autoridades fazendárias, praticadas com o escopo de suprimir ou reduzir tributo,

²¹ GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; TAKANO, Caio Augusto. *A apropriação indébita tributária na jurisprudência dos tribunais superiores*. Consultor Jurídico, São Paulo/SP, p. 1-7, 8 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/opiniaao-apropriacao-indebita-tributaria-segundo-stf-stj>. Acesso em: 17 out. 2020.

²² MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *É preciso rever a “prisão por dívida tributária” diante da Covid-19*. Consultor Jurídico, São Paulo/SP, p. 1-4, 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-15/consultor-tributario-preciso-rever-prisao-divida-tributaria-diante-covid-19>. Acesso em: 17 out. 2020.

ou contribuição social e qualquer acessório”. No mesmo julgamento, fundamentou o relator Min. Ricardo Lewandowski que:

Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1991 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis.²³

Ou seja, se o intuito da legislação que criminaliza os delitos tributários é impedir fraudes, sonegações, omissões e outras atitudes que visam a ludibriar a fazenda pública, a criminalização do inadimplemento do tributo que foi declarado contradiz o próprio objetivo da lei 8.137/90, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse ponto, encontra-se contradição tanto na legislação como nos próprios entendimentos do tribunal constitucional, o que evidencia o equívoco de se criminalizar a inadimplência fiscal, empurrando o direito penal para o rol de que dispõe a fazenda pública para recuperação de um tributo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da legislação penal na seara tributária no Brasil e a hermenêutica criativa dos tribunais superiores revelam objetivos e finalidades, para o processo penal tributário, que não condizem com os fundamentos do direito penal.

A popular ‘administrativização’, como explicado por Silva-Sánchez, conduz os crimes tributários como um meio para resolução dos problemas administrativos. Demonstrada a evolução da legislação penal tributária e os novos entendimentos sobre a criminalização do inadimplemento do tributo declarado, pelo HC 399.109 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça e a confirmação da tese no RHC 163.334 julgado pelo Supremo Tribunal Federal, é indubitosa a pretensão de unir a coação que possui um processo criminal com as disposições amigáveis aplicáveis aos crimes tributários.

Identificar como crime fiscal a mera inadimplência de um tributo próprio declarado, estendendo os parâmetros dispostos pelo art. 2º, II, da lei 8.137/90, é um sinal que algo a mais precisa ser feito, pelo Estado, para que as dívidas fiscais sejam quitadas. Unindo-se a criminalização da inadimplência do tributo com a extinção da punibilidade pelo consequente pagamento, o direito penal pátrio passa a assumir as tarefas de uma execução fiscal mais poderosa e capaz de restringir um direito que não está ao alcance de nenhuma penhora: a liberdade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Prisão Civil por Dívida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

BARBOSA, Adriano Mendes. O Direito Penal do Amigo ou “amicismo” jurídico-penal. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2596, 10 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17152>. Acesso em: 27 set. 2020.

²³ BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário n.º 999.425. Agravante: Carlos Alfeu Budant. Agravado: Ministério Público Do Estado De Santa Catarina. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 02 de março de 2017. Diário da Justiça, Brasília-DF, 16 de março de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5058819>>. Acesso em: 17 de outubro de 2020.*

BOZZA, Fábio da Silva. As dimensões da expansão do direito penal. Canal de Ciências Criminais, 2016, disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/as-dimensoes-da-expansao-do-direito-penal/>. Acesso em 23 de setembro de 2020.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Direito penal econômico e direito administrativo sancionador: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. São Paulo: USP, 2013.

CUNHA, Alexandre dos Santos *et al.* Nota Técnica: Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Brasília, DF: [s.n.], 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf Acesso em: 16 de março de 2014.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. Curso de Direito Penal Tributário Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2010.

GOMES, Daniel de Paiva; GOMES, Eduardo de Paiva; PRZEPIORKA, Michell; TAKANO, Caio Augusto. A apropriação indébita tributária na jurisprudência dos tribunais superiores. Consultor Jurídico, São Paulo/SP, p. 1-7, 8 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/opiniaopropraiacao-indebita-tributaria-segundo-stf-stj>. Acesso em: 17 out. 2020.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas. 2007. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LUCENA ADAMS, Luís Inácio. A necessidade de Racionalização da Execução Fiscal. Disponível em <https://www.fiesp.com.br/arquivo-download/?id=194612>.

MACHADO, Édina Maria dos Santos. A administrativização do Direito Penal em face da sociedade do risco e a flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais. Lumiar: Revista de Ciências Jurídicas. Volume 4, n. 1, 2012. ISSN 1981-4097. Disponível em: <http://www.revistas2.uepg.br/index.php/lumiar>. Acesso em: 06 fev. de 2020.

MACHADO, Hugo de Brito. Crimes contra a Ordem Tributária. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário, 31 ed. Malheiros Editores. São Paulo, 2010.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. 3. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. V.1.

PRADO, Luiz Régis. Direito penal econômico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”: Notas sobre a política criminal no início do século XXI. Revista Liberdades - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Nº 7, 2011. ISSN 2175-5280. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=84. Acesso em: 06 de fev. de 2020.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. (reimpressão), Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luíz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; DOS SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano. Do Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Amigo do Poder. Revista de Estudos Criminais, [S. l.], ano 2013, n. 51, p. 33-192, 1 dez. 2013. Disponível em: https://www.google.com/l?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjJup7ZgrzsAhVwHLkGHfLDB_0QFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.bdr.sintese.com%2FAnexosPDF%2FREC%252051%2520-%2520doutrina%2520nacional.pdf&usq=AOvVaw1Fym6RUQqpfzl-lziMRFyY. Acesso em: 17 out. 2020.

Capítulo

06



A influência da mídia no tribunal do júri

Tiago de Almeida Lima
Carlos Eduardo Moraes Rocha
Franklin Vieira dos Santos
Orientador

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.6

RESUMO

O Tribunal do Júri, há tempos tem sido considerado por muitos como uma das mais belas formas de democratização, onde os cidadãos analisam e julgam ações praticadas por pessoas contra a vida e seus conexos, além de ter suas atribuições previstas na Constituição Federal e descritos no Código de Processo Penal. O instituto do Júri Popular é visto como uma eficaz ferramenta na democracia brasileira, tendo em vista que é o próprio povo que irá julgar seus pares. Nesse instituto o povo detém o poder. Mas com a crescente cobertura jornalística e principalmente aliado ao expressivo desenvolvimento da tecnologia, tem-se visto que a mídia, poderosa que é, tem se manifestado cada vez mais em casos que abalam toda a sociedade, isso se dá principalmente porque a Constituição assegurou a mais ampla liberdade de manifestação do. No que tange especificamente à liberdade de imprensa, a Constituição prevê que: “nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

Palavras-chave: tribunal do júri. liberdade de imprensa. direitos fundamentais.

ABSTRACT

The Jury Court , has long been regarded by many as one of the most beautiful forms of democracy , where citizens will be analyzing and judging the actions taken by persons against life and its attendant has its responsibilities under the Federal Constitution and described in the Code Criminal Procedure . The Office of the Jury is seen as a major tool in Brazilian democracy , considering that is the people themselves who will judge their peers . In this institute the people hold the power . But with increasing media coverage and mostly allied with the great development of technology , we have seen that the media , which is powerful , has manifested increasingly intense cases that shake the whole society , it is mainly because the Constitution gives ensured the widest freedom of manifestation of . With specific regard to press freedom , the Constitution stated that “ no law shall contain any provision that may constitute a hindrance to full freedom of press in any medium of social communication.

Keywords: jury. freedom of the press. fundamental rights.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos da existência humana, a sociedade julga uns aos outros por seus atos cometidos no dia a dia, colocando como base de seus julgamentos os valores pessoais e coletivos. Acontece que nem sempre esses julgamentos têm base na moral e na ética, e sim, por muitas vezes, na simples e desvirtuosa necessidade de apontar erros, ou na criação do juízo de valor negativo.

Na Grécia Antiga, os sofistas tinham um grande poder de persuasão, mesmo que com falácias bem ditas, poderiam influenciar pessoas e alienar suas mentes através de suas sedutoras oratórias.

Muitos julgados na história nem sempre eram justos, porém de alguma forma influencia-

ram nas mentes daqueles povos, como Joana D'arc, que apesar de lutar pelos anseios sociais de seu país, morreu queimada, taxada com uma bruxa por ter, segundo ela, visões provenientes de Deus. Assim como Jesus Cristo, que foi julgado porque achavam que seus pensamentos não passavam de subterfúgios para tomar o poder daqueles que estavam no controle.

É de se notar, que muitas vezes, qualquer tipo de comunicação, seja ela manifestada na escrita, na fala, ou em gestos, consegue, de alguma forma, construir pensamentos atribuídos ao juízo de valor.

É perfeitamente correto dizer que, embora haja erros na manifestação de pensamento através das comunicações, há também casos em que esses manifestos são puramente emocionais, não objetivando, pelo menos 'a priori', um pré-julgamento. Ocorre que, nos tempos modernos com a mídia, tem-se grandes coberturas, principalmente em casos de grande comoção, e que, para publicitar os fatos, em especial de ações penais, na fase de inquérito policial, a imprensa muitas vezes abre mão da eticidade e entra até mesmo na privacidade do indiciado, e sem prever as consequências, faz além do juízo de valor, provas que, de acordo com o direito posto, não seriam admissíveis.

Como se não bastassem todos os atos praticados pela imprensa, ainda há o cerceamento do contraditório e da ampla defesa, no sentido societário, pois, embora o indiciado tenha uma defesa técnica para o judiciário, que é imparcial, a sociedade já não o vê como um cidadão normal, mas sim, previamente como um culpado.

Isso posto, é correto dizer que, mesmo que não seja a intenção dos jornalistas, maléfica, ao cobrir grandes casos nacionais, por exemplo, em casos de crimes hediondos, assassinatos, estupros e entre outros grandes casos que geram enorme comoção, há sim possibilidade de influenciar na criação de pensamentos, como ocorreu no "Caso Escola Base de São Paulo, Caso Nardoni, Pedrinho, Bruno, Eloá, Mércia Nakashima, Daniela Perez, Suzane Von Richthofen e irmãos Cravinhos", entre outros inúmeros Casos existentes no Brasil.

Tem-se, portanto, um grande desafio, na tentativa de demonstrar que esses institutos na sua mais íncrita modalidade, tem uma dicotomia constitucional, em que de um lado impera a ideia de um julgamento imparcial e do outro a liberdade de imprensa, de maneira que demonstrando o choque constitucional dos direitos fundamentais preconizados na Carta Política de 1988 que estabeleceu no artigo 5º, inciso XXXVIII, que "é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida" e no inciso IX, mostrando que "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença".

No entanto, não serão analisados de forma banal, e sim buscando entender os pontos positivos e negativos destes institutos constitucionais no dia a dia da sociedade.

HISTÓRICO DO TRIBUNAL DO JÚRI E O DO DIREITO DE IMPRENSA

Histórico do Tribunal do Júri

Muito ainda se busca ao tentar encontrar a verdadeira origem do Tribunal do Júri, pois muitos doutrinadores não sabem ao certo a verdadeira raiz do conselho de sentenças.

O que se sabe, é que por mais que não seja certo e determinado o seu nascimento, a grande influência e modelo nos Tribunais do Júri da era moderna, veio da Inglaterra.

É tão grande a influência daquele país, que escritos doutrinários remetem as origens do Tribunal do Júri à história da antiga Inglaterra, onde, por volta de 1215, foram extintas pelo Concílio de Latrão as ordálias e os juízos de Deus. “Ordálias correspondiam ao Juízo ou julgamento de Deus, ou seja, crença de que Deus não deixaria de socorrer o inocente.” (GOMES, 2010)

Ordálias eram nada mais que submeter o acusado a um desafio para que ele pudesse comprovar sua suposta inocência, porque se acreditava que Deus interviria divinamente durante a prova posta a ele, ou seja, significa dizer que, se o acusado da prática delituosa realmente fosse inocente, Deus o ajudaria com um milagre para mostrar que ele de fato não era culpado, e ainda o livraria de qualquer dano que o desafio compelido a ele, pudesse ocasionar.

No mesmo contexto, é interessante lembrar que o Júri na velha Inglaterra nasceu para julgar principalmente os delitos praticados por bruxarias ou com caráter místico, tendo com a participação no corpo de conselho de sentença doze homens da sociedade que tinham consciências purificadas e elevadas a Deus.

No entanto, é relevante ressaltar que muitos estudiosos dão o nascimento do Tribunal do Júri a outros países e em contextos históricos diferentes, uma vez que, se fala muito da nascença desse instituto na época clássica de Grécia e Roma.

Entretanto, é certo que grande parte da doutrina não teme em afirmar que de fato o país brasileiro seguiu a mesma linha de modelo do Júri Popular da Inglaterra, justamente porque Portugal teve grande aliança com o país inglês, principalmente ao término da guerra ocasionada por Napoleão Bonaparte na grande Europa. Consequentemente, quando a família real veio ao Brasil, vieram consigo também os costumes europeus, bem como o ordenamento jurídico com as ordenações portuguesas (Alfonsinas, Manuelinas e Filipinas), que vigoraram no Brasil até a Proclamação da Independência.

No Brasil, o Tribunal do Júri foi instituído, pela primeira vez, com o Decreto de 18 de junho do ano de 1822, promulgado pelo então Príncipe Regente, D. Pedro I que teve como competência julgar essencialmente crimes de imprensa, quando o conselho de sentença era composto por Juízes de Fato, com a totalidade de 24 (vinte e quatro) cidadãos que eram considerados de condutas ilibadas, honrados, patrióticos e intelectuais. Os acusados tinham a prerrogativa de não querer no corpo dos jurados 16 (dezesesseis) dos 24 (vinte e quatro) nomeados e, no caso de apelação, só podiam recorrer à clemência real, pois só ao Príncipe e mais tarde Imperador, após a Proclamação da República em 07 de setembro de 1822, competia a modificação da decisão proferida pelo jurado.

É importante ressaltar que somente no ano de 1824 com a Constituição Imperial que o Tribunal do Júri passou a fazer parte do Poder Judiciário como parte do órgão judicante, tendo neste momento competência acrescida para julgar causas cíveis e criminais. Em 1832 foi a vez do Código de Processo Criminal regulamentar sobre o Júri Popular o qual atribuiu-lhe vasta competência no que tange julgar crimes de causas cíveis e criminais sendo delimitada essa competência em 1842, com a introdução da lei n. 261.

Logo depois veio a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do

Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, que, após muito debaterem sobre o tribunal do povo, decidiu-se pela permanência da instituição do júri, com a aprovação da emenda do artigo art. 72, § 31, dando à norma, a seguinte redação “é mantida a instituição do Júri”. Assim, seguiu-se a instituição do júri.

Segundo Firmino Whitaker, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o mandamento da Constituição Republicana foi sucinto, já que foi direta ao preconizar que “é mantida a instituição do júri”. Afirmava, ainda que:

Há quem sustente que o legislador constituinte da república, com este preceito, apenas se referiu ao júri federal, pois sendo a legislação sobre o júri matéria de processo e organização judiciária e sendo certo que aos Estados compete a formação do direito adjetivo, não podiam ser estabelecidos preceitos que fossem ferir a autonomia que a federação criava; e portanto, os Estados podem aceitar, modificar ou repudiar a instituição, livremente, quanto à forma, processo e competência. (WHITACKER, p. 199)

Na evolução desta instituição no país, vieram outras Cartas Magnas que preceituaram a sua subsistência na nação, tendo nos dias atuais, com o vigor da Constituição da República Federativa do Brasil, o Tribunal do Júri com previsão no art. 5º, XXXVIII, e taxados no art. 74, § 1º do Código de Processo Penal, dispondo como competência julgar crimes contra a vida e consequentes crimes conexos advindos do atentado ao bem tutelado.

Nesse sentido, é necessário analisar a trajetória da instituição do júri nas Constituições brasileiras que ao longo do tempo foi se transformando e amadurecendo sob uma perspectiva histórico-jurídica na sociedade. A primeira previsão do Instituto do Tribunal do Júri se deu na Carta Imperial de 1824 nos artigos 151 e 152.

A carta Política de 1824, teve previsão expressa que a instituição do Tribunal do Júri seria para matérias cíveis e criminais. Sua inclusão no sistema jurídico brasileiro se deu com o primeiro momento emancipacionista do país, com a início da monarquia constitucional, fundado nas ideias liberais que refletiam na Europa e em diversos lugares da América. Foram movimentos conspirativos, de bases iluministas, que objetivavam a conquista da independência do Brasil.

A Carta Magna de 1824 conceituou a definição do júri no Título Sexto “Do Poder Judicial”, verbis:

Art. 151: O Poder Judicial é independente, e será composto de juizes e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime nos casos, e pelo modo, que os Códigos determinarem.

Art. 152: Os Jurados pronunciam sobre o facto, e os juizes aplicam a Lei.

Diante desses artigos, nota-se que os cidadãos, ora jurados, decidiam os fatos e o juiz togado sentenciava as causas, respeitando a soberania de cada veredicto. Essa formalidade vem se mantendo até a atual Constituição Federal. Embora, não houvesse manifestamente expresso que o veredicto seria soberano, ainda assim o era.

Já a Constituição Republicana de 1891 não só permaneceu com o instituto, como ascendeu o Júri Popular como direito e garantia fundamental.

Nessa Constituição, passava do Capítulo “Do Poder Judiciário” para o Título IV “Dos Cidadãos Brasileiros - Secção II – Declaração dos Direitos” sob a luz do artigo 72 e seu parágrafo 31, verbis:

Art.72 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: §31 – É mantida a instituição do Júri.

A Magna Carta de 1891, de caráter altamente federalista, consagrou a autonomia política dos Estados Federados, ou seja, de acordo com o artigo 34, inciso 23 da Constituição, tinham competência para legislar sobre matéria processual, entre elas, referente ao júri. (COMPANHOLE, Adriano. Todas as Constituições do Brasil, p. 465)

Ademais, apesar de ser garantido como direito fundamental, a falta de um maior aprofundamento jurídico no texto constitucional de 1891 deu margem a um conflito histórico.

O laconismo do texto constitucional deu margem à discussão histórica, sustentando-se o entendimento de que se mandava respeitar a Instituição do Júri na situação que se encontrava, ou seja, todas as leis infraconstitucionais tinham sido recepcionadas pela Constituição de 1891. Por outro lado, parte da doutrina sustentava que o instituto do Júri não poderia permanecer imóvel no tempo, não recepcionando as leis infraconstitucionais. (CASTRO, 1999, p.53)

Por causa dessa alteração, o Supremo Tribunal Federal proferiu um Acórdão de 07 de outubro de 1899 onde foram fixados os pilares básicos do Júri, concernente à sua composição e funcionamento. Esses pilares deram reflexos para a base que é a Instituição do Júri da atual Magna Carta.

Analisando o Instituto do Júri na Constituição Republicana de 1891, verificam-se alguns embriões do Instituto do Júri do século XXI. Observa-se que o Instituto do júri tornava-se um direito do cidadão, logo um indicativo de sua evolução para a Constituição de 1988, que permeia como direito e garantia individual. Já em 1891, o Supremo Tribunal havia mencionado dois institutos: o da incolumidade dos jurados e a íntima convicção dos jurados. Tais institutos estão tipificados na reforma do Júri pela Lei n. 11.689 de 2008, nos artigos 466 e 472, ambos do Código de Processo Penal. Portanto, nota-se a profunda influência da Constituição de 1891 na atual legislação do Júri. (BROTAS, 2013, p.5)

Com o advento da Constituição de 1934, inaugurou-se a segunda República no Brasil, construindo o chamado sentido social do Direito, com objetivo de absorver as correntes políticas que influenciaram sua elaboração.

O laconismo adotado pelo Constituinte de 1891 não foi adotado pela nova Constituição, sendo suprido pela Constituição de 1934. Teve como base o sistema da unidade processual, conferindo à União a competência privativa de legislar sobre direito processual (artigo 5, inciso XIX, alínea “a”, da Constituição de 1934), incluindo-se as leis processuais do júri.).

Ocorre que a Carta Política de 1891 teve sua vigência jurídica num tempo relativamente curto, pois “[...] em 10 de novembro de 1937, foi outorgada a Carta Constitucional de 1937, com a criação do Estado Novo” (NUCCI, 1999, p. 39).

Já na Constituição Federal de 1937 ocorreu um fato que certamente ocasionou grande insegurança jurídica, pois a Carta Política silenciou-se a respeito do instituto do tribunal do Júri, trazendo na época um abalo jurídico. “Tal insegurança jurídica durou dois meses, sendo instituído o Decreto-lei n. 167, de 5 de janeiro de 1938” (NUCCI, 1999, p. 39).

Mas nem tudo ainda estava no seu eixo, pois no artigo 96 do Decreto-lei n. 167, foi eliminado a soberania dos vereditos.

Entretanto, a sua competência foi prevista no artigo 3º do referido Decreto-lei, que a restringia aos crimes de homicídio, infanticídio, induzimento ou auxílio ao suicídio, duelo seguido de morte, roubo seguido de morte e sua forma tentada.

A constituição de 1937 foi um retrocesso para o instituto do júri; entretanto, verifica-se no Decreto-lei n. 167, de 1938, o surgimento de alguns crimes que são abrangidos pela competência atual do Júri, quais sejam, homicídio, infanticídio e o induzimento ou auxílio ao suicídio.

Dessa forma, conclui-se que a legislação atual foi influenciada em relação à competência mínima do Júri, no Decreto-lei n. 167, de 1938. (BROTAS, 2013, p.7).

Nota-se que a Constituição de 1937 de certa forma, apesar de toda confusão que a permeou, teve grande influência na Magna Carta vigente, tendo em vista que algumas de suas competências permaneceram corrente.

Com a Constituição de 1946 houve o ressurgimento do Tribunal do Júri como norma constitucional. Esse foi um modo de simbolizar a ruptura com o Estado Novo. O Poder Constituinte Originário ao reintroduzir o instituto do júri para o ordenamento jurídico constitucional, exteriorizou sua essência democrática, uma vez que nesse novo ordenamento, o tribunal não era limitado, mas justamente o contrário, era livre, sendo as causas decididas pelo povo com plena soberania.

Quase vinte anos após, a Constituição passou a sofrer a pressão da arbitrariedade, resultante do golpe de 1964, com vários atos institucionais que acabaram culminando na promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 24 de janeiro de 1967. (COMPANHOLE, 1978, p. 172).

Com a chegada da Constituição de 1967, ocorreu a manutenção do Instituto do Júri pelo Regime Militar e passou estar no Capítulo IV “Dos Direitos e Garantias Individuais”. A Constituição de 1967, manteve a soberania do júri, no entanto silenciou-se quanto ao sigilo das votações e plenitude de defesa como princípios Constitucionais.

Exatamente em dezembro do ano de 1968, foi instituído o Ato Institucional n. 5, que afastou a ordem constitucional vigente, limitando direitos e garantias individuais. De acordo com a observação do mestre José Afonso Da Silva, não se tratou de emenda à Constituição de não se tratou de emenda à Constituição de 1967 e sim um mecanismo de outorga para uma nova Constituição a de 1969.

Teórica e tecnicamente não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava Constituição do Brasil. (SILVA, 2012, p.89)

A Emenda Constitucional n.1/69, de 17 de outubro de 1969, deu nova redação à Instituição do Júri, retirando uma de suas principais bases: a soberania. Nessa Emenda, o Júri Popular ficou conservado no mesmo Capítulo IV “Dos Direitos e Garantias Individuais”, estando no artigo 153 da Carta Constitucional, que estabeleceu:

Art. 153 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§18 É mantida a instituição do júri, que terá competência no julgamento dos crimes dolosos contra a vida (COMPANHOLE, 1978, p. 55-57)

Parte da doutrina afirma que a omissão da soberania do júri não foi esquecida por mero descuido, e sim uma forma de simbolizar a vigência do poder do regime militar. Ocorre que, tanto a jurisprudência quanto a doutrina da época, permaneceram com o entendimento que a soberania

nia dos veredictos estava tacitamente prevista no Código de Processo Penal.

Dessa forma, a soberania dos veredictos estava estabelecida de forma implícita no artigo 593, inciso III, alínea “d”, do Código de Processo Penal. Logo após esse tempo de Regime Militar, veio a atual Constituição Federal que rompeu aquele momento repressivo.

Após o período do regime militar, que durou de 1964 a 1985, foi promulgada a constituição de 1988 e se instituiu no Brasil o Estado Democrático de Direito.

A Constituição Cidadã, como ficou conhecida, dispõe em seu texto sobre matéria indispensável ao novo panorama político do país, entre elas: a separação dos poderes, a estrutura do Estado e, ainda, os direitos e garantias individuais.

Na nova Carta Magna, novamente previu o Júri no capítulo de garantias e direitos individuais, e por tal razão somente poderá deixar de existir se promulgada uma nova constituição. Isso ocorre porque ao receber status de direito e garantia individual, foi protegido como cláusula pétrea na Constituição.

A constituição de 1988 trouxe de volta os princípios constitucionais do Júri que estavam previstos na Constituição de 1946, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea a d:

Art. 5º (...).

XXXVIII – É reconhecida a instituição do Júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) plenitude da defesa
- b) o sigilo das votações
- c) a soberania dos veredictos
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

O texto Constitucional é bem conciso ao mostrar a intenção do Constituinte em erguer o instituto do tribunal do júri como direito e garantia individual do cidadão, incorporando as chamadas cláusulas pétreas, não sendo passíveis de emenda constitucional.

Além disso, nota-se que a Carta Constitucional manteve os princípios da Constituição de 1946, quais sejam, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência mínima dos crimes dolosos contra a vida.

Esses princípios nada mais comprovam a grande importância que o Júri Popular representa para o Estado Democrático de direito, até porque na própria Carta Magna diz que poder emana do povo, e no caso em análise, é o povo, na figura dos jurados, que é o Poder Público Soberano para julgar e decidir sobre os crimes dolosos contra a vida.

De acordo com o artigo 447 da Lei 11.689 de 9 de junho de 2008, o corpo de jurado a princípio é composto por 25 (vinte e cinco) cidadãos que são pessoas do povo escolhidos mediante sorteio e somente posterior a estas escolhas que se passa a ter no conselho de sentença apenas 7 (sete) que constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento e um Juiz-Presidente. Advogados e promotores podem sem qualquer motivação recusar 20 jurados que não queiram que ocupem aos assentos dos julgadores. Os nomes de todos os candidatos a jurado passam por uma triagem realizada pelo Juiz-Presidente, a fim que se comprove sua idoneidade moral. Os jurados nunca são escolhidos pela posição social que ocupam ou grau de instrução que possuem. São verificados, principalmente, os antecedentes criminais. A lista

com todos os nomes que integram o Corpo de Júri de uma cidade é publicada em novembro, mas pode sofrer alterações caso haja alguma reclamação sobre determinada escolha. A lei não garante ao jurado a prerrogativa de declinar da função, mas as pessoas podem tentar fazê-lo explicando ao juiz o que as impede de exercer a função

Nota-se que nesta composição dos jurados formados pelos próprios cidadãos, a maior colaboradora é a sociedade, pois o próprio povo é quem vai determinar a sentença e não um juiz togado.

A instituição do Júri tem como objetivo fazer com que os autores de crimes contra a vida sejam julgados por seus pares, isto é, por membros da comunidade, e não por juízes de carreira como é a regra. Trata-se de uma exceção aberta pela lei para os casos em que uma pessoa tira a vida de outra. Entende-se que, por serem crimes extremamente graves e, por vezes, resultantes de situações peculiares, devem ter tratamento especial.

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira defende a ideia de que, devido a complexidade da conduta, é imperioso levar para a sociedade julgar os casos de crimes que são cometidos contra a vida das pessoas, deixando dessa forma, que a própria sociedade decida e não um juiz singular. Senão vejamos.

O homicídio é um crime de ímpeto. Ele, muitas vezes, é praticado no calor de uma específica situação de vida, por isso, é importante que todas as circunstâncias que o rodeiam sejam levadas a julgamento, para que se avalie a conduta do homicida naquelas circunstâncias. E ninguém melhor do que seus pares, isto é, as mulheres e os homens do cotidiano. (ENTREVISTA CONCEDIDA À FOLHA DE S. PAULO DE 2-9-1996)

É esta a justificativa doutrinária para a existência, em nosso país e em muitos outros, do julgamento por um colegiado de juízes leigos.

Além disso, a instituição do júri popular tem como finalidade exercer a democracia na mais ampla concepção, onde pessoas serão julgadas pelos seus pares sem temer pela formação acadêmica do magistrado, vez que o réu estará diante de sete pessoas que “a priori” não tem nenhuma instrução jurídica acadêmica e profissional.

Eles estarão julgando no mais profundo âmago de sua consciência, sem precisar sequer de sustento probatório. Este é um dos momentos em que o cidadão atua de forma direta no Estado, qual seja, julgar, representando toda a sociedade na infinita busca de ver saciada a sede da tão aclamada justiça social.

A história do direito de imprensa

O meio de comunicação foi e sempre será imperioso para o convívio da sociedade, tendo como primeira referência de comunicação, a arte rupestre, que eram desenhos feitos pelo homem primitivo espalhados pelo mundo inteiro e que nada mais é do que os registros cotidianos de cada grupo social feita sob pinturas e caricaturas em rochas.

Com o desenvolvimento natural do homem, consigo também foi progredindo os meios de comunicação, onde nada mais natural em se adaptar com objetos, gestos, símbolos ou quaisquer outros meios que facilitassem a conversação social.

Assim, inúmeras Eras se passaram até chegar em uma que definitivamente iria mudar os meios de comunicabilidade, qual seja, a Era da impressão, que mudou e influenciou ao rumo

de uma nova cultura, onde teriam mais informações sem as grandes autoridades terem em suas mãos exclusivamente o monopólio da escrita, nascendo assim, os jornais e revistas.

Mas foi com a Era da Comunicação de Massa, iniciada no século XIX que teve a comunicação grande avanço, causando euforia na população através do surgimento de jornais e revistas direcionadas ao cidadão simples e mídia eletrônica com o apontamento do telégrafo e o telefone, e definitivamente “fincando suas raízes no começo do século XX com a invenção do cinema, rádio e da televisão para populações grandes.” (BORTOLATO, 2008)

Com o advento desta Era, a imprensa teve seu nascimento registrado e petrificado na Era colonial brasileira, entretanto extremamente delimitada por decorrência de inúmeras regras para a sua atuação.

O primeiro surgimento no Brasil foi em 1808, no período colonial, e teve bastantes discussões sobre o assunto, onde Isabel Lustosa em seu livro “Insultos impressos: a guerra dos jornalistas na Independência” faz um relato “O Brasil não tinha universidade e aqui a impressão das letras era proibida por Portugal. As tentativas de funcionamento de tipografias eram barradas pelas autoridades portuguesas”. (LUSTOSA, 2000, p. 65)

Com a República brasileira proclamada, a imprensa teve grande crescimento, obtendo mais força e prestígio. Ocorre que, embora a Era Republicana tenha dado mais espaço à imprensa, ainda assim a mídia era controlada no que se refere ao posicionar-se aos fatos relevantes sociais. Tal fato é tão verdadeiro que a imprensa ao invés de informar os leitores acerca dos acontecimentos políticos e econômicos, optavam por divulgar publicidades que muitas vezes não agregavam esses tipos de informações relevantes à sociedade em suas revistas e jornais.

Como bem disse Sodré, a imprensa preferia explanar publicidades a “empregar sua influência na orientação da opinião pública” (SODRÉ, 1999, p. 252).

No entanto, grandes coisas foram conquistadas pela imprensa ao longo dessa luta, e não só de noticiário ‘marron’ viveu e vive o jornalismo e a mídia em geral.

Como bem se sabe, a verdade da imprensa é zelar pela ética, boa-fé e a verdadeira informação, e por esses serem os lemas primordiais, é que se sabe que as influências negativas assolavam grandes empresas jornalísticas na Ditadura Militar e outros tempos da história.

Ocorre que, nem todas as empresas jornalísticas faltavam com os princípios éticos, e justamente por essa razão eram perseguidas, muitas vezes de formas desagradáveis, como depedração de patrimônio, prisão de jornalistas, perseguição, e até mesmo inúmeras mortes.

Tantas mortes, desaparecimentos, perseguições se davam porque na maioria das vezes o Governo que era assolado de tanta corrupção ou empresários que cometiam crimes de colarinho branco eram descobertos pelos jornalistas investigativos, e que para não divulgarem as informações eram surpreendidos com tentativas de suborno.

É claro que, aqueles que não se submetiam à tamanha falta de verdade e ética ao jornalismo, não aceitavam o suborno, ou pedido de silêncio, e acabavam por ter um único destino: a morte.

Infelizmente, foi a partir daí que a imprensa, por conveniência, aceitou censura na ditadura militar. “Não houve resistência. Os veículos adotaram a autocensura e se organizaram

para conviver com os censores dentro das redações. Foi uma opção, diz a historiadora Beatriz Kushnir". (QUADROS, 2022).

Jornais como o Correio da Manhã foi um dos primeiros a fazer oposição ao regime de João Goulart e acabou fechado em 1970. Os outros veículos, todos eles dominados por famílias no eixo Rio-São Paulo, esboçaram alguma reação apenas a partir do Ato Institucional nº 5 (AI-5), em 1968, que aprofundaria a ditadura, com estado de sítio, censura explícita e repressão ferrenha aos militantes da esquerda armada. A colaboração ou a autocensura na imprensa refletiu o apoio da sociedade ao golpe.

A ditadura militar por muito tempo reprimiu a mídia, amordaçando com leis que usava para controlar a comunicação. Com o Regime Ditatorial do Estado, o país viveu um dos momentos mais aterrorizantes já ocorridos na sociedade brasileira, sendo submetidas as mais inimagináveis formas de coação física e moral.

Entre 1960 e 1980, vários jornais de oposição à ditadura foram publicados, como O Pasquim, Opinião, Movimento e Em tempo. Nos jornais, a censura de matérias dava espaço à ironia: no local de notícias censuradas eram publicadas receitas de bolo. Carlos Heitor Cony continuou a dizer piadas sobre o golpe ao qual chamava de "quartelada de 1º de abril" ou "a revolução dos caranguejos".(MELO, 2005)

Foi então com o advento da Constituição Federal de 1988, após tantas repressões, que o Poder Constituinte pensando na luta e perseguição sofrida por parte dos jornalistas e a mídia em geral, decidiu tornar a liberdade de expressão juntamente com poderes midiáticos à imprensa, um direito fundamental.

A liberdade de expressão e informação, consagrada em textos constitucionais, sem nenhuma forma de censura prévia, constitui uma característica das atuais sociedades democráticas. Essa liberdade é, inclusive, considerada como termômetro do regime democrático.

A liberdade de expressão e informação encontra-se, outrossim, expressa em vários documentos internacionais: a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela ONU (art. 19); o Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, aprovado em Roma no ano de 1950 ; mais recentemente, a Convenção Americana de Direitos Humanos -Pacto San de José da Costa Rica.

A liberdade de expressão e informação compreende a faculdade de expressar livremente idéias, pensamentos e opiniões, bem como o direito de comunicar e receber informações verdadeiras sobre fatos, sem impedimentos nem discriminações.

Comenta Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser com clareza e lealdade à norma constituinte sobre o direito de imprensa, detalhando com riquezas sobre a liberdade da mídia no âmbito constitucional vigente. Vejamos.

A Constituição de 1988 contempla a liberdade de imprensa, como poucos países do mundo. O art. 220, caput da Carta Magna dispõe que "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". Salienta o parágrafo primeiro desse artigo que "nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV". Inadmitte-se toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (artigo 220, § 2º da Constituição Federal), não se esquecendo que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão, dentre outros, o princípio do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família "artigo 221, inciso IV da Carta Magna". (LEYSER, 1999.)

AS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DO JÚRI E DA IMPRENSA.

A previsão da instituição do tribunal do júri e sua função

A Constituição Federal preconiza no artigo. 5º, inciso XXXVIII, uma regra imperiosa à sociedade, outorgando a alçada jurisdicional do Tribunal do Júri. De acordo com a referida norma, compete ao Tribunal do Povo julgar crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados. Esta atribuição não é única, por isso sendo considerada como “mínima”, tendo em vista que a Carta Magna garantiu a capacidade para não somente julgar delitos dolosos contra a vida, como também a não vedação de possível ampliação do rol de crimes que poderão ser julgadas pelo Conselho de sentenças por via de lei infraconstitucional.

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:

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;

Fernando da Costa Tourinho Filho de forma esclarecedora e detalhada, elucida acerca do assunto em tela. Vejamos.

Nada impede sejam criados Tribunais do Júri para o julgamento de outras infrações, e muito menos se inclua na sua competência o julgamento destas. O que não é possível é a subtração do julgamento de um crime doloso contra a vida ao Tribunal do Júri. (TOURINHO FILHO, 1998.)

Com a possibilidade de ampliação do rol de crimes para serem julgados perante o Conselho de sentença fica claro que não há óbice quanto ao entendimento que, é possível acrescentamento dessa capacidade para julgar outros tipos de crime não limitados ao Código Penal, muito menos somente a delitos atentados contra a vida, podendo abranger crimes do âmbito cível.

Há também muita discussão acerca do legislador ter restringido a competência do julgamento pelo tribunal do júri em apenas crimes contra a vida, não levando em consideração que há muitos outros delitos que de forma indireta leva o cidadão a óbito ou que deixam sequelas que serão levadas para o resto de seus dias.

Pelo expendido é notório que a função do Tribunal do povo é de suma importância cívica, vez que aceitando o múnus de ser juiz de fato, tem a obrigação de executar um dever de tanta importância social quanto qualquer outro ato democrático, principalmente porque naquele momento estará diante de um julgamento sob uma análise minuciosa de um bem jurídico de grande proteção da Constituição da República Federativa do Brasil, qual seja, a vida.

Destarte, é verdadeiro afirmar que o Tribunal do Júri é reflexo da Justiça imperando no mundo dos fatos, exercendo uma função social, moral e democrática. É imperioso frisar a importância desse júri, haja vista ser “uma instituição política, acolhida entre os direitos e garantias

individuais, pois no artigo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, dispôs expressamente ser reconhecida a instituição do júri” (MACABU, 2011)

A previsão do direito de liberdade de imprensa

Por muito tempo a imprensa sofreu através das mãos do Estado grande censura e repressão, e logo após o término da mordaza estatal veio conseqüentemente através de muitas lutas e buscas ao direito de comunicação, a vitória desta tão sonhada liberdade de expressão midiática. Obviamente isto foi um grande começo para a solidificação do direito constitucional de se expressar sem represálias do poder autoritário do Estado, podendo exercer a profissão na mais ampla concepção intelectual, expressiva e artística.

Dessa forma, com intuito de concretizar uma Nação onde impera o objetivo de Estado Democrático de Direito e garantir a suprema concretização da Constituição Federal de 1988, é que se deu à imprensa o direito ora a ser expandido. Vejamos.

Art. 220. 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.

§ 1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Ademais, após esta luta concretizada e reconhecida o referido direito, deu-se aos profissionais da mídia em geral, a livre imprensa, sem existir ao menos algum tipo de restrição.

Além disso, garantiu-se o direito de resposta a quem se sentir prejudicado, além de indenização por danos morais e materiais.

Posto isso, é verdadeiro se afirmar que o direito de mídia não é absoluto, haja vista que, ao cidadão que se sinta prejudicado, humilhado ou danificado espiritualmente, possa voluntariamente fazer valer o seu direito à intimidade confrontada com o da imprensa.

Confirmando com o que há pouco foi explicitado, o douto Ministro Celso de Mello na seção da ADPF 130 disse que não há absolutismo no direito, e, portanto, a liberdade de expressão também não será absoluta, e possui restrições, sobretudo quando vai de encontro com outros direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988. “In verbis”.

A mesma Constituição que garante a liberdade de expressão, garante também outros direitos fundamentais, como os direitos à inviolabilidade, à privacidade, à honra e à dignidade humana. Esses direitos são limitações constitucionais à liberdade de imprensa. E sempre que essas garantias, de mesma estatura, estiverem em conflito, o Poder Judiciário deverá definir qual dos direitos deverá prevalecer, em cada caso, com base no princípio da proporcionalidade. (FILHO, 2010).

No que tange falar em função social da imprensa, é indiscutível quanto a subsistência de sua função cívica cultural dos meios de comunicação e a influência que exercem no meio social e na construção da opinião pública.

Ocorre que muitos são os casos em que se observa uma deturpação dos fatos no que a imprensa divulga e isso acaba gerando conseqüências negativas, sendo capaz até de ferir

algum direito do cidadão. Por isso, lamentavelmente os meios comunicativos por tantas vezes publicitam informações que ocasionam a lesam os direitos individuais, o que concebe a ideia de que o sujeito em ataque não possui o direito fundamental de ver resguardada a sua vida pessoal, imagem, privacidade e honra, ferindo muitas das vezes a sua essência espiritual e moral.

À vista disso, há que se averiguar com extremada cautela esse estorvo, onde há de um lado existência de uma imprensa democrática, determinada em busca da verdade, porém sem ferir os princípios fundamentais da Carta Magna, como a dignidade da pessoa humana como sendo essencial para o funcionamento da democracia da Nação, sendo apta para publicitar informação concreta e profissional, e de outro impera a imprensa que objetiva, a inverdade, indo em busca apenas do sensacionalismo, polêmica e lucro.

Dicotomia entre o Tribunal do Júri X Liberdade de Imprensa

Conforme foi demonstrado, o direito de ser julgado por um Tribunal do Júri e a Liberdade de imprensa são garantias previstas na Constituição da República.

Todavia, há muitos casos em que há um conflito entre estes direitos. Surgindo assim, uma grande dúvida: Qual direito deve permanecer?

A doutrina indica que quando há divergências entre dois direitos constitucionais, deve-se haver uma ponderação entre as duas regras, de modo a evitar que uma se sobreponha a outra.

Ocorre que em alguns direitos há a impossibilidade da explicitada ponderação, como ocorrem entre os dois institutos constitucionais mencionados. Isso porque quando a imprensa noticia os crimes de competência do Tribunal do Júri, acaba criando juízo de valor e induzindo o futuro Conselho de sentenças.

Mediante esse conflito, é de suma importância realizar a “ponderação de interesses” sob a ótica da razoabilidade e da concordância prática. Caso haja contenda entre direitos fundamentais, o dever do julgador é sempre atingir a harmonização prática, visando também o princípio da máxima efetividade, até porque o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais consiste em aplicar na interpretação das normas provenientes da Carta Política o sentido de maior eficácia, utilizando todas as suas potencialidades. Esse princípio deve reger os direitos fundamentais, pois, ainda que a regra seja da não absolutização, existe outra regra: a de que os direitos devem sempre gozar da máxima efetividade possível dentro do sistema jurídico.

Não sendo possível, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. Nesse sentido, cogitando-se que os direitos fundamentais estejam as estritas relações privadas, teoricamente diz ser mais fácil a sua resolução, pois será ponderado o direito fundamental de maior relevância nas relações privadas, ou seja, não terá o poder público, um direito em conflito. Baseando nisso, o Professor e Doutrinador Pedro Lenza, ensina sobre duas teorias, veja-se:

Eficácia indireta ou mediata — os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se as relações privadas; eficácia direta ou imediata — alguns direitos fundamentais podem ser aplicados as relações privadas sem que haja a necessidade de ‘intermediação legislativa’ para a sua concretização. (LENZA, 2013, p. 1037.)

“Além do mais, com as eficácias dos direitos fundamentais, tem-se ainda a chamada

eficácia ‘irradiante’ dos direitos fundamentais” que consiste em:

Podemos afirmar que importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua “eficácia irradiante” (Daniel Sarmento), seja para o Legislador ao elaborar a lei, seja para a administração pública “governar”, seja para o judiciário ao resolver eventuais conflitos. (LENZA, 2012, p. 1037.)

É notório em muitos casos na história de crimes no Brasil que há interferência midiática proporcionada pela imprensa, sobretudo quando ainda está no andamento de inquérito policial, alienando por muitas vezes o cidadão que ainda sequer teve acesso aos detalhes do delito. Mostra-se aqui, que há essa dicotomia de direitos fundamentais. No entanto, aqui não se fala em direitos confrontados em relação aos particulares, conforme supramencionados nas teorias de Lenza. Aqui tem-se o Poder Público no pólo, e obviamente isso torna o processo de ponderação muito mais complicado, isso porque apesar de a Instituição do Júri ser tão fundamental para a sociedade, abrangendo a importância da existência do contraditório e ampla defesa, tem-se por outro lado, a cobertura dos meios de comunicação transmitindo informações que provavelmente atentará para o risco do processo e dificultará no usufruto do direito fundamental, qual seja, a defesa do réu.

Por isso, é importante destacar que diversas vezes a imprensa utiliza de seu poder para promover o espetáculo midiático utilizando-se de seu direito de imprensa, e pondo em risco o direito de ampla defesa e contraditório do acusado. Nota-se que aqui tem dois direitos em briga, onde um, pode-se dizer que é ‘particular’ e outro público.

Como se não bastasse a utilização do poder de influência que a mídia possui, ainda tem o perigo que é o comportamento de alguns membros do Ministério Público, que em diversos momentos, para “mostrar” ao povo que está trabalhando em prol da sociedade, cria “espetáculos” que ultrapassa os limites da insensatez. A partir disso, o réu já se encontra em uma situação de desconforto, uma vez que sem dúvida alguma, a sociedade já estará o apontando como possivelmente culpado e cerceando, por certo, a sua tentativa de comprovação de inocência, mesmo até que não seja, isso porque, uma vez que o promotor de justiça está para defender a sociedade, ele é visto como o “mocinho”, enquanto que para a defesa, seja como advogado particular, ou defensor público, é tido como conivente e estimulador de crimes. Logo, não generalizando, mostra-se que a falta de ética pode estar até mesmo dentro do meio da instituição através de alguns membros, que ao invés de estar preocupado com execução da lei, e aplicação da justiça, empenha-se mais em mostrar a sua “capacidade” de saciar a sede do povo, sim, pois provavelmente, nesta fase do processo, é isso que o povo deseja: a condenação.

Infelizmente o problema não acaba dentro dos Membros do Ministério Público, e também não é a única instituição que se comporta de forma inadequada. Ainda tem a problemática envolvendo a corporação da Polícia Investigativa que diversas vezes, parte de um grupo da própria instituição, vende informações privilegiadas para benefício próprio ou alheio, divulgando passo a passo as informações do processo, mesmo em fase de investigação.

Até mesmo quando não há o ‘animus’ de vender informação, acontece de a mídia ter acesso aos conteúdos de laudos e provas que o advogado do réu não tem, e obviamente acarretando na limitação da defesa. Por isso se torna tão cerceador quando o “Parquet” ao invés de executar seu papel de fiscalizar e proteger os princípios e interesses fundamentais da sociedade, promove determinados espetáculos em conjunto com a imprensa que teve provas e informações

obtidas com a polícia investigativa, sendo consideradas por muitos doutrinadores de provas ilícitas derivadas.

Além disso, quando ocorrem essas interferências de modo ilícito, nota-se que não só explicita a falta de ética, como também violação de direitos fundamentais nesse modo de imprensa, porque se prevê, como se o indiciado realmente fosse culpado. Ademais, já não há mais limites nos modos de se fazer jornalismo, tendo em vista que para a mídia, o sujeito já está condenado, indo em busca mesmo que de forma ilegítima, de provas que confirmem a sua investigação jornalística.

De acordo com o sistema jurídico-legal do Brasil, se faz imperioso o debate dos limites da teoria dos frutos da árvore envenenada, isto é, quando uma prova não será classificada como proveniente de uma ilícita.

É mister verificar que a própria norma que dá proibição à prova derivada da ilícita impõe limites a vedação, artigo 157, §1º, do CPP: “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.”

Percebe-se que fica claro que o poder legiferante fixou limites a vedação das provas derivadas da ilícita, o primeiro limite se dá justamente pela a não identificação da derivação, ou seja, a prova em questão não possui vínculo com um ato ou prova ilícita, sem nexo de causalidade.

Nesse mesmo contexto, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

Impõe-se, porém, observar que, no plano prático, algumas dificuldades poderão surgir, sobretudo em razão de não se apresentar tão simples assim a definição de derivação. A dificuldade a que ora nos referimos em relação à definição da palavra derivação não é, evidentemente, de origem semântica. Ela se fará presente na identificação concreta de se tratar de prova efetivamente derivada da ilícita. Busca-se, então, o significado do apontado “nexo de causalidade da prova”. (OLIVEIRA, 2010, p. 375).

O segundo limite dá outra possibilidade, no caso de uma prova ter vínculo com um ato ou prova viciada, no entanto, existe a possibilidade da obtenção da mesma sem contaminação da prova ilegal.

O artigo 157, parágrafo 2º, do Código de Processo Penal, define o que seria fonte independente: “aquela que por si só, seguido os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.”

No que tange o assunto, explica Guilherme de Souza Nucci:

A prova originada de fonte independente não se macula pela ilicitude existente em prova correlatada. Imagine-se que, por escuta clandestina, logo ilegal, obtêm-se a localização de um documento incriminador em relação ao indiciado. Ocorre que, uma testemunha, depondo regulamente, também indicou à polícia o lugar onde se encontrava o referido documento. Na verdade, se esse documento fosse apreendido unicamente pela informação surgida na escuta, seria prova ilícita por derivação e inadmissível no processo. Porém, tendo em vista que ele teve fonte independente, vale dizer, seria encontrado do mesmo modo, mesmo que a escuta não tivesse sido feita, pode ser acolhido como prova lícita. (OLIVEIRA, 2010, p. 387)

Consequência ainda do direito à prova, ou o seu reverso, porquanto dirigido ao mau exercício por parte dos órgãos da persecução penal, seria o de exclusão das provas obtidas ilicitamente, sobretudo quando se tratar de procedimentos do Tribunal do Júri. É que ali vigora a regra da íntima convicção, não se exigindo a motivação das decisões. Com isso,

o contato com material probatório ilícito poderia trazer graves consequências na formação do convencimento do jurado. Assim, tais provas deverão ser desentranhadas quanto antes dos autos, antes do ingresso na fase da valoração, nos termos do art. 157, CPP Lei no 11.690/08. (OLIVEIRA, 2013, p 388).

Essas provas obtidas de modo ilegal não podem de modo algum entranhar nos autos processuais mesmo porque não foram acolhidas de forma independente . Acontece que esses elementos probatórios ao chegarem aos conhecimentos do cidadão comum, criam na maioria das vezes um padrão de ideia fixa, alienando-se ao que a imprensa tanto busca.

O poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário. (VENTURA, 1997, p. 3)

Muito se fala na possibilidade do magistrado togado também se ‘contaminar’ com a divulgação da mídia. No entanto, este tem formação jurídica suficiente para não se influenciar com as publicações transmitidas pela imprensa, até porque esse tem o dever de promover a justiça em busca da paz social. Sobre o assunto, faz-se necessário a explanação do Nobre desembargador do Estado de Rondônia Walter Waltemberg no julgamento do Habeas Corpus do ex-prefeito da cidade de Porto Velho:

Por mais que sejam graves os fatos narrados, não se pode perder de vista que a controvérsia aqui instaurada cinge-se à restrição de liberdade de cidadão, direito fundamental previsto na Constituição Federal, o qual somente pode ser relativizado diante de situações excepcionais e desde que presentes os requisitos previstos pela lei. Não é de hoje que a suposta prática dos crimes aqui investigados causa revolta na sociedade, o que, por vezes, na tentativa de atender ao clamor social, exige resposta do Estado para que não haja a desmoralização da Justiça. Procuro sempre diligenciar e formar o meu entendimento de forma independente. E mais, entendo que todo o Poder Judiciário deva tentar manter-se afastado do juízo de valor emitido pela mídia ou clamor social, até porque muitos erros acontecem quando são adotadas decisões nesse ímpeto. (WALTEMBERG, 2022)

Não se nega que a mídia é imprescindível para a garantia da ordem Democrática da Nação, mas também é inegável, igualmente, que há uma modalidade de imprensa que não procura respeitar direitos inerentes na Carta Maior, publicitando de forma errônea e ilegal, fatos que muitas vezes por estar ainda em trâmite processual, não possuem uma investigação concreta acerca dos atos praticados, deteriorando desse modo a presunção de inocência e cerceando o direito ao contraditório e ampla defesa em face da sociedade, tendo em vista que, muito provavelmente quando estiver em júri o seu contraditório será em vão.

Frisa-se que em todos o casos, como por exemplo, “Caso Escola Base de São Paulo, Caso Nardoni, Pedrinho, Bruno, Eloá, Mércia Nakashima, Daniela Perez, Suzane Von Richthofen e irmãos Cravinhos”, soaram como unísono justamente a condenação dos réus.

O que importa realçar é que dada a notoriedade a esses casos, todos aqueles que assentaram nos bancos dos julgadores e compuseram o corpo de jurados, de modo indireto por terem acompanhado tudo que era emitido na mídia em geral, desde a escrita até a televisionada, já tinha por certo seu juízo de valor gerando o seu decreto condenatório aos réus. E os culpados por isso certamente não são os juízes de fato, mas sim os meios de comunicação, pelo modo com que lançava os informes, que nada mais eram do que acusações mascaradas.

Por esse ponto de vista, e levando em consideração esses casos em específicos, como não indagar a legalidade e até segurança jurídica de um julgamento feito nessas condições?

Como de fato assegurar a um réu que ele tenha a real plenitude de defesa, quando os cidadãos que irão julgá-lo já chegam na tribuna preparados para condená-lo, exatamente por conta de tudo que viram, ouviram ou souberam enquanto o processo esteve na mídia?

A doutrina e a jurisprudência muito se fala no princípio da igualdade das armas na relação entre acusação e defesa. Porém, indaga-se que paridade pode ser essa, onde a defesa já começa um júri como vencida, e tem, em pequeno lapso temporal que destruir anos de incriminações lançadas na imprensa e primordialmente na mente daqueles que irão julgar. Que princípio pode ser esse? De fato será que existe a sua aplicação?

De outro modo, além de influenciar nas decisões dos juízes, igualmente é o resultado se observarmos a duração do processo. Para ter uma noção de quanto influencia na duração dos processos, basta constatar o tempo perdido para julgar um caso que está em foco na mídia de outro que não teve a mesma atenção.

O poder de influência na duração razoável do processo, que deveria ser geral, é exacerbante uma vez que lembrado os casos de crimes graves, análogos aos supramencionados, mas que por não terem percebido a mesma importância da imprensa, não tiveram ou não têm a mesma pressão. A afirmação é tão verdadeira, que esses crimes de 'pouca importância' geralmente não se sabe ao certo quando serão levados ao julgamento.

O princípio da celeridade processual aliada a duração razoável do processo deveriam ser aplicados em geral, e não só quando existe esse foco da mídia, até porque, quem perde com isso, não é o réu, e sim a sociedade, que com a demora do julgamento, pode o processo ser extinto por causa da prescrição.

Com os holofotes da mídia, acabam dando um certo 'privilégio' ao processo, na realização de um rápido andamento processual, mas ainda assim deixam marcas que podem ferir para o resto da vida de quem foi réu, mesmo que seja culpado. E isso é desumano. É o caso, por exemplo que aconteceu com a Escola de Base de São Paulo.

Esse caso em especial marcou não só a década de 90, mas como todo o século passado como maior erro jornalístico que se teve notícia. Denominado pela mídia de "Caça as Bruxas", o caso cuidava de uma acusação de abuso sexual praticado contra crianças, que teoricamente teriam sido abusadas na escola, onde as violências teriam sido praticadas pelos donos bem como por alguns funcionários. O fato na época ganhou espaço em todos os telejornais que preocupados simplesmente com IBOPE, veiculavam paulatinamente notícias absurdas, expondo as crianças ("vítimas") na frente das câmeras para elas dizerem o que teria acontecido.

Enfim, pode-se dizer que foi uma inquisição moderna, posto que todos os apontados como autores, passaram a ser odiados pela sociedade de tal forma, que mesmo depois de provada a inocência deles, ainda há quem duvide disso. Tudo, simplesmente pela forma com que a mídia cuidou da questão. (CORRÊA, 2013)

No caso analisado, eles foram inocentados, mas que certamente até hoje, devem sofrer as consequências devida a tanta exposição.

Também existem casos em que a própria mídia briga entre si. O jornal Diário de S. Paulo traz em sua manchete com a capa 'Para, pai! Para, pai!', que trazia depoimentos de dois vizinhos do edifício London que teriam ouvido os gritos de 'Para, pai! Para, pai!' que teriam sido emitidos pela Isabella Nardoni pouco tempo antes de morrer. A matéria também traz depoimentos de vizinhos da família em outro endereço em que teriam relatado frequentes discussões, inclusive com

agressão física e ameaças. Nota-se que o título é um tanto quanto sugestivo, e denota como se realmente a menina estivesse sendo coagida.

Diante dessas atitudes, parece ser muito claro, que na maioria das vezes, o que a mídia quer, é a venda de informação. O quanto mais polêmico for, melhor será no mercado. E isso mostra-se não só em revistas. Fica evidenciado até mesmo na televisão, por exemplo, o ocorrido entre Band, Record e Globo. No programa policial Brasil Urgente, da Rede Bandeirantes, foi ao ar imagens, em que Alexandre Nardoni aparece num bar ingerindo bebida alcoólica, filmado por duas pessoas anônimas.

No dia 9 de abril, o jornalista Ricardo Boechat, disse que as emissoras concorrentes da Rede Bandeirantes, as redes de TVs Record e Globo, copiaram as imagens feitas exclusivamente pelo circuito interno de TV, em que foi mostrado Alexandre, Anna, Isabella e os meio-irmão fazendo compras, horas antes da morte da Isabella. O jornalista disse ainda que o logotipo da Rede Bandeirantes, que havia sido posto no canto da tela, foi removido por meio de tecnologia de computação. Afirmando que Record e Globo são sempre privilegiadas, quando alguma autoridade quer entregar um vídeo com imagens, mas quando a Bandeirantes consegue um furo, o direito autoral não é respeitado. Em seguida, ele deu enfoque à Record, dizendo que emissora exibiu as imagens que eram exclusivas da Band, durante o dia inteiro em 8 telejornais. Nota-se que a própria mídia entra em conflito por uma exclusividade de matéria, e que não estão ao menos se importando em passar uma informação verdadeira e sim no “furo” que provavelmente gerará IBOPE e rendimentos.

Fazendo um parâmetro da interferência da mídia no Tribunal do Júri com o Julgamento da Ação Penal 470, vê-se que a imprensa teve um papel um tanto quanto central nas decisões.

Para o advogado José Luis Oliveira Lima, a cobertura do mensalão pela imprensa foi parcial, tendenciosa e sofrível; para a colunista Mônica Bergamo, a exposição na imprensa já é uma condenação dos réus; o repórter Fausto Macedo afirma que as acusações foram levantadas pela Polícia Federal em um governo petista, ratificadas pelo Ministério Público e turbinadas pela transmissão ao vivo das sessões pelo Supremo Tribunal Federal; o editor Bob Fernandes diz que os advogados foram emparedados, enquanto o professor de Direito Penal da USP Renato Silveira defende que nem todas as expectativas criadas pelas redações se confirmaram. Todos, porém, concordam que a imprensa teve um papel central no julgamento da Ação Penal 470, o processo do mensalão.

[...]

O advogado falou com indignação quando lembrou da aposta de uma garrafa de vinho feita entre os jornalistas Merval Pereira e Alberto Sardenberg quanto ao momento de prisão de José Dirceu. “Não é possível que isso vá melhorar ou acrescentar à cobertura da imprensa”, disse José Luís, que acrescentou: “todo juiz, todo promotor e todo jornalista deveria figurar como réu em uma Ação Penal para entender o que é o direito de defesa”. (BEZERRA, 2013)

Verifica-se que de fato a imprensa teve grande destaque na Ação Penal 470 e em diversos momentos cerceou o direito de defesa dos réus do “mensalão”, isso porque mesmo que sejam culpado ou não, e isso definitivamente não é o mérito da questão, a mídia reflete seu juízo de valor e nem sequer dá ao réu o direito de resposta à sociedade e isso certamente acarreta revolta por parte de quem é o acusado pois se sentem previamente condenado pela mídia. Isso por exemplo, foi uma das indignações do petista José Genoio numa nota pública em seu site.

Com indignação, cumpro as decisões do STF e reitero que sou inocente, não tendo praticado nenhum crime. Fui condenado porque estava exercendo a presidência do PT. Do que me acusam, não existem provas. O empréstimo que avalizei foi registrado e quitado.

Fui condenado previamente numa operação midiática inédita na história do Brasil. E me julgaram num processo marcado por injustiças e desrespeito às regras do Estado democrático de direito. Por tudo isso, considero-me preso político. Aonde for e quando for defenderei minha trajetória de luta permanente por um Brasil mais justo, democrático e soberano.

É de suma importância ressaltar que não se objetiva responsabilizar os Meios de Comunicação em geral por todos os infortúnios da sociedade. A sua importância e destaque dentro do Estado Democrático de Direito é incontestável. O propósito que se tem por escopo é a produção de um estudo analítico da Imprensa com o objetivo de demonstrar os seus erros e inconveniências que acabam por desvirtuar a realidade criminal, criando uma política criminal acima de tudo repressiva

Diante disso, nos conflitos entre os dois direitos fundamentais, se não for admissível a compatibilização entre eles, a liberdade de imprensa deve curvar-se, de forma equilibrada e adequada, frente ao princípio da presunção de inocência, ampla defesa e contraditório, tendo em vista que não é razoável que a liberdade de imprensa sobressaia em colisão de direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

METODOLOGIA DA PESQUISA

Para o estudo em tela foi empregado o método dedutivo, isto é, parte-se da premissa geral até chegar à particular.

Já referente à investigação, foi adotada a pesquisa bibliográfica, porque retoma o conhecimento científico acumulado sobre um problema, utilizando-se de revisão doutrinária em obras jurídicas, sites jurídicos e das legislações acerca do assunto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No andamento da pesquisa em apreço ficou demonstrado que a imprensa, ao exercer influência na sociedade através dos noticiários que publica, especialmente sobre um fato criminoso, acaba criando juízo de valor, bem como opinião em pessoas que poderão compor o conselho de sentença, colocando em risco a imparcialidade dos jurados, e, portanto, ferindo justamente os princípios basilares da instituição do júri, quais sejam, presunção da inocência, paridade das armas e contraditório e ampla defesa, havendo, assim, o conflito entre os princípios fundamentais da democracia.

Assim, por serem consideradas como verdadeiras todas as opiniões expressadas nos veículos de informações, surge a partir de então um clamor social pela punição do suspeito na prática do crime, impondo-se a atuação rigorosa do direito repressivo.

Propagam-se entre a sociedade, conseqüentemente, vontades, opiniões e desejos de que ao suspeito seja empregada uma pena tão severa que o faça sofrer tanto emocional quanto fisicamente. Além disso, ainda tem o fato de as pessoas acharem que 'bandido' não merece ter seus direitos e garantias fundamentais respeitados, até porque para a população, esses direitos

só devem ser aplicados, se forem para pessoas que andem nas margens da lei e da moral, esquecendo que apesar de terem cometidos crimes, eles também têm direitos fundamentais, até porque a prisão não está para somente punir, e sim para ressocializar.

De outra feita, quando determinada circunstância criminosa é divulgada na mídia, há um demasiado desrespeito à dignidade da pessoa do suspeito/réu, pois sua identificação é revelada, sua intimidade é adentrada e sua condenação é decretada. A imprensa tornou-se uma verdadeira fonte de poder, transmitindo notícias e opiniões sensacionalistas com o intuito de obter lucros. A escolha das informações que serão divulgadas e da maneira como serão escritas, com objetivo de influenciar o leitor, é feita no proveito das empresas da comunicação, em benefício de uma determinada parcela da população que se vale do sensacionalismo jornalístico para gerar e ter lucros e desviar os olhares da sociedade para inúmeros outros problemas sociais.

Pelo expendido, o artigo em questão constatou-se que inúmeras vezes, por causa da influência que a imprensa exerce sobre a opinião pública, a liberdade de imprensa, apesar de fundamental, deve sobressair quando estiver em conflitos com direitos fundamentais que ela fere, para que no conselho de sentença que venha a julgar um determinado caso, não seja posta uma opinião prévia, ou mesmo que mínima, de conceito preexistente, a fim de que seja dado o devido respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa, da presunção da inocência, e paridade das armas e, além do mais, para que as decisões prolatadas pelo Tribunal do Povo não sejam provenientes de um juízo de valor produzido pela imprensa e sim por sua livre convicção como cidadão de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

WHITAKER, Luiz Fernando. Direito Constitucional do Brasil. Renovar 1990.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, {2022}. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12/03/2022.

CAMPANHOLE, Adriano. Todas as Constituições do Brasil. São Paulo. Atlas 1978.

BROTAS, Diogenes Bertolino. A Trajetória do Tribunal do Júri nas Constituições Brasileiras. Sorocaba. 2013.

FILHO, José Celso de Mello. Decano do STF vota pela revogação total da Lei de Imprensa. Disponível em: WWW.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107402.

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo. Saraiva 2011.

CASTRO, Kátia Duarte de. O Júri como Instrumento do Controle Social. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1999.

CORRÊA, Fabrício. O Poder da Mídia Sobre as Pessoas e sua Interferência no Mundo do Direito. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/04/17/o-poder-da-midia-sobre-as-pessoas-e-sua-interferencia-no-mundo-do-direito> acessado em 10/11/2013

CORRÊA. O Poder da Mídia Sobre as Pessoas e Sua Interferência no Mundo. Disponível em: atualidadesdodireito.com.br/fabriciocorrea/2013/04/17-o-poder-da-midia-sobre-as-pessoas-e-sua-interferencia-no-mundo-do-direito/>.

FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas Técnicas para o Trabalho Científico: Explicação das Normas da ABNT. – 16. Ed. – Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.

GOMES, Luiz Flávio; Almeida, Débora de Souza de. Curso de Direito Penal, V. 1. 1ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado, 16ª edição, 2012.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. Oliveira, 1999

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri Princípios Constitucionais . Editora Juarez de Oliveira, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal, 17 edição, 2013. Genoino, José. Nota Pública. Disponível em <http://www.genoino.com.br/site/artigo/ver/id/643/nome/NOTA_PUBLICA> Acesso em 14 nov 2022.

QUADROS, Vasconcelos. Por conveniência, imprensa aceitou censura na ditadura militar. Disponível em< <http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-10-03/por-conveniencia-imprensa-aceitou-censura-na-ditadura-militar-diz-historiadora.html>> acessado em 07/11/2022

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 3o edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

WALTEMBERG, Walter. Justiça concede liminar em habeas corpus para ex-prefeito e ex-vereador disponível em<<http://www.tjro.jus.br/noticia/faces/jsp/noticiasView.jsp;jsessionid=ac13022130d559c7b4d41a07419cad2beddacf5243b9.e3iRb3eTc310ah4Tai0?cdDocumento=18213&tpMateria=2>> acessado em 12/04/2022

Capítulo

07



A suspensão de despejos durante a pandemia

Angelita Heidmann Campos

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.7

RESUMO

O presente estudo visa abordar a suspensão de despejos durante a pandemia de Corona vírus — uma crise sanitária e humanitária mundial — que iniciou no fim de 2019 e se alastrou pelo mundo em 2020 e 2021, e já levou a óbito mais de 605.000 brasileiros. Para tanto pesquisou-se sobre o conceito de propriedade, locação das coisas, direitos do proprietário, função social do contrato, bem como as leis vigentes que abordam as questões de moradia e habitação, tais como: Constituição Federal, Código Civil, Lei do Inquilinato e Projetos de Lei, presentes no site do Senado, quais foram propostas e aprovadas durante o período pandêmico.

Palavras-chave: moradia. inquilinato. contratos de locação. direitos reais.

INTRODUÇÃO

Se todo o acordado nos contratos de locação residencial fosse cumprido, raramente haveriam problemas nesses negócios jurídicos. Contudo, um dos descumprimentos mais comuns em contratos dessa natureza, e que foi maximizado durante a pandemia, é a falta de pagamento do aluguel, que antes da crise de saúde mundial por Covid-19 ensejava ao locador a garantia de cobrar o locatário sob a forma de execução (CPC, art. 784, VIII) ou de pleitear a resolução do contrato, tanto no direito comum quanto no regime especial do inquilinato, mediante ação de despejo, mas esse direito do credor foi mitigado pelo Projeto de Lei 827/2020, que proíbe o despejo ou a desocupação de imóveis até o fim de 2021 em virtude da pandemia de coronavírus.

Em virtude dessas alterações legais e de a sociedade passar por um momento atípico, que se estende por quase dois anos, buscou-se fundamentação no Código Civil Brasileiro, no Código de Processo Civil, nos dispositivos legais e na doutrina, com o intuito de se conceituar propriedade e locação das coisas; determinar os direitos do proprietário; bem como, entender o princípio da função social dos contratos, além de verificar quais foram os projetos de lei aprovados pelo Senado Federal que versam sobre habitação e moradia.

É evidente que o PL 827/2020 objetivou resolver um problema social, fundamentando-se na função social da propriedade. Bem como também é nítido que a ação política no Brasil — quanto à moradia e habitação — só transferiu o dever do estado para os particulares, que às vezes, têm na locação de imóveis um complemento à renda familiar ou à aposentadoria, pois a única lei aprovada na seara imobiliária, entre 2019 e 2021, foi a que, justamente, suspendeu ações de despejo ou desocupação até o final de 2021.

A PROPRIEDADE E O DIREITO CIVIL

O Código Civil, em seu artigo 1.228, apenas alicerça os direitos do proprietário, mas não define o que é propriedade, conforme pode ser observado abaixo:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de **usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.** (grifo meu)

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o esta-

belecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

Assim, é assegurado ao proprietário, logo no início do *caput*, o direito de usar (*jus utendi*) a coisa, isto é, utilizá-la do modo que quiser, podendo excluir terceiros de igual uso. Em seguida, é descrito o direito de gozar ou usufruir (*jus fruendi*), que consiste em poder receber os frutos naturais e civis da coisa e de aproveitar economicamente os seus produtos. Posteriormente, expõe-se o direito de dispor da coisa (*jus abutendi*), que compreende em poder transferi-la, aliená-la a outrem a qualquer título. Por último, aparece o direito de reaver a coisa (*reivindicatio*), de reivindicá-la das mãos de quem injustamente a possui ou detenha.

Assim, em contrapartida com todos os direitos do proprietário, já supracitados, é importante destacar a função social dos contratos, que será abordada em seguida.

PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS

Segundo o Código Civil, os contratos devem primar pela ordem pública. Desse modo, todo negócio jurídico precisa ser analisado, interpretado

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda. Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana. (TARTUCE, 2016, p. 645)

A LOCAÇÃO DAS COISAS

O Código Civil, no artigo 565, conceitua que na locação das coisas “uma das partes (o locador) se obriga a ceder à outra (o locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição”.

Assim, a locação de coisas ocorre por meio de um contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo, não solene, de trato sucessivo, pelo qual uma das partes concede à outra o uso e gozo de uma coisa não fungível, temporariamente e mediante remuneração, sendo que esta é denominada aluguel e renda, pois se trata de uma retribuição pelo uso e gozo da coisa.

Os contratos de locação devem ter três elementos: objeto, preço e consentimento. Entende-se como objeto a coisa móvel ou imóvel. O preço é chamado de aluguel ou remuneração e é determinado, podendo variar de acordo com índices estabelecidos legalmente, ou contratados pelas partes de modo a não contrariar a lei, sendo que, geralmente, o pagamento deve ser feito em dinheiro, porém, não impedimentos em se convencionar outros modos de adimplemento, tais como: uma parte em dinheiro e outra em benfeitorias, uma parte em dinheiro e outra em serviços do locatário, etc. Quanto ao consentimento, este deve ser expresso ou tácito, sendo que quem loca é quem tem poderes de administração, isto é, para locar não precisa ser o proprietário.

As vedações em contratos locatícios impostas são a estipulação do aluguel em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário mínimo, presentes no artigo 17, da Lei do inquilinato (Lei nº 8.245/91).

Desse modo, cabe ao locador cumprir com os seus deveres, bem como ao locatário cumprir com o seus, expostos no artigo 566 e 569, do Código Civil, respectivamente, pois o proprietário não poderá reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato, pois no momento em que o locador de uma residência aluga o imóvel para o locatário, geralmente, faz-se um contrato estabelecendo quais os deveres e direitos de cada uma das partes no negócio jurídico, devendo o mesmo ser baseado na Lei nº 8.245/1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos.

Em grande parte dos negócios jurídicos relativos a aluguel de residências, o locador se dispõe a cumprir o que vige o artigo 22 da supracitada lei:

- I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina;
- II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado;
- III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel;
- IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;
- V - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes;
- VI - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica;
- VII - pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;
- VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;
- IX - exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas;
- X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Parágrafo único. Por despesas extraordinárias de condomínio se entendem aquelas que não se refiram aos gastos rotineiros de manutenção do edifício, especialmente:

- a) obras de reformas ou acréscimos que interessem à estrutura integral do imóvel;

- b) pintura das fachadas, empenas, poços de aeração e iluminação, bem como das esquadrias externas;
- c) obras destinadas a repor as condições de habitabilidade do edifício;
- d) indenizações trabalhistas e previdenciárias pela dispensa de empregados, ocorridas em data anterior ao início da locação;
- e) instalação de equipamento de segurança e de incêndio, de telefonia, de intercomunicação, de esporte e de lazer;
- f) despesas de decoração e paisagismo nas partes de uso comum;
- g) constituição de fundo de reserva.

Conseqüentemente, como contrapartida, em troca da cessão temporária do imóvel com fins residenciais, espera que o locatário, da mesma forma que locador, cumpra as regras previstas na supracitada lei:

Art. 23. O locatário é obrigado a:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

II - servir - se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu;

III - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal;

IV - levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros;

V - realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos;

VI - não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador;

VII - entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário;

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;

IX - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27;

X - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos;

XI - pagar o prêmio do seguro de fiança;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

§ 1º Por despesas ordinárias de condomínio se entendem as necessárias à administração respectiva, especialmente:

a) salários, encargos trabalhistas, contribuições previdenciárias e sociais dos empregados do condomínio;

b) consumo de água e esgoto, gás, luz e força das áreas de uso comum;

- c) limpeza, conservação e pintura das instalações e dependências de uso comum;
- d) manutenção e conservação das instalações e equipamentos hidráulicos, elétricos, mecânicos e de segurança, de uso comum;
- e) manutenção e conservação das instalações e equipamentos de uso comum destinados à prática de esportes e lazer;
- f) manutenção e conservação de elevadores, porteiro eletrônico e antenas coletivas;
- g) pequenos reparos nas dependências e instalações elétricas e hidráulicas de uso comum;
- h) rateios de saldo devedor, salvo se referentes a período anterior ao início da locação;
- i) reposição do fundo de reserva, total ou parcialmente utilizado no custeio ou complementação das despesas referidas nas alíneas anteriores, salvo se referentes a período anterior ao início da locação.

§ 2º O locatário fica obrigado ao pagamento das despesas referidas no parágrafo anterior, desde que comprovadas a previsão orçamentária e o rateio mensal, podendo exigir a qualquer tempo a comprovação das mesmas.

§ 3º No edifício constituído por unidades imobiliárias autônomas, de propriedade da mesma pessoa, os locatários ficam obrigados ao pagamento das despesas referidas no § 1º deste artigo, desde que comprovadas.

Art. 24. Nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, os locatários ou sublocatários poderão depositar judicialmente o aluguel e encargos se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público.

§ 1º O levantamento dos depósitos somente será deferido com a comunicação, pela autoridade pública, da regularização do imóvel.

§ 2º Os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização.

§ 3º Os depósitos efetuados em juízo pelos locatários e sublocatários poderão ser levantados, mediante ordem judicial, para realização das obras ou serviços necessários à regularização do imóvel.

Art. 25. Atribuída ao locatário a responsabilidade pelo pagamento dos tributos, encargos e despesas ordinárias de condomínio, o locador poderá cobrar tais verbas juntamente com o aluguel do mês a que se refiram.

Parágrafo único. Se o locador antecipar os pagamentos, a ele pertencerão as vantagens daí advindas, salvo se o locatário reembolsá-lo integralmente.

Art. 26. Necessitando o imóvel de reparos urgentes, cuja realização incumba ao locador, o locatário é obrigado a consenti-los.

Parágrafo único. Se os reparos durarem mais de dez dias, o locatário terá direito ao abatimento do aluguel, proporcional ao período excedente; se mais de trinta dias, poderá rescindir o contrato.

Assim, com o intuito de se buscar o equilíbrio entre os polos de negociação, o pactuado nos contratos deve ser realizado, cumprindo o princípio do *Pacta sunt servanda*, que representa o princípio da força obrigatória dos contratos, em que se as partes estão de acordo e desejam submeter-se a regras estabelecidas por elas próprias, tornando exigível o respeito ao regulamentado no contrato privado como se este fosse lei.

No entanto, o princípio da força obrigatória dos contratos não é absoluto, já que não está previsto em lei e nem recebe um tratamento concreto, sendo que Código Civil de 2002 prevê

apenas três princípios incidentes nas relações contratuais: Função social (art. 421, CC); equilíbrio contratual (art. 317 e art. 478, do CC) e boa-fé objetiva (art. 113, art. 187 e art. 422 do CC).

Desse modo, depreende-se que o *pacta sunt servanda* pode ser relativizado facilmente em virtude do próprio contrato, da lei ou até mesmo com base em outro princípio, especialmente aqueles que compõem os princípios sociais.

O Código Civil prevê exceções ao *pacta sunt servanda*, tais como a resolução (art. 474, do CC), ou a rescisão unilateral (art. 473, do CC).

Ainda, permite-se o afastamento do princípio do *pacta sunt servanda* quando existe colisão dos princípios sociais em face da força obrigatória dos contratos. Exemplos: desequilíbrio contratual, revisão contratual e relativizações por conta da lei.

É sabido que toda vez que houver alguma mudança substancial e imprevisível entre o momento da celebração do pacto e sua execução, pode ser alterado o contrato, já que a teoria da imprevisão é introduzida pelo *rebus sic standibus*, que significa 'estando as coisas assim' ou 'enquanto as coisas estão assim'.

Nesse viés, para que a lei entre as partes seja cumprida, o contrato não pode colidir com a lei ou com princípios que se sobreponham à imposição da obrigação no caso concreto, devendo sempre assegurar a dignidade da pessoa humana e respeitar os pilares básicos insculpidos na Constituição de 1988, com reflexos no Código Civil de 2002: a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual.

Partindo dessas sustentações legais, foi aprovado o Projeto de Lei (PL) 827/2020, que estabelece suspensão de cumprimento de medidas judiciais e administrativas que resultem em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público até dezembro de 2021, em virtude da pandemia, com vistas a impedir concessão de liminar em ação de despejo, mesmo que o inquilino não sido adimplente, contrariando o tratado na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, bem como, estimular a tecitura de acordos nas relações de aluguel.

No dia 27 de setembro de 2021, o Congresso Nacional derrubou o veto do Presidente da República Jair Bolsonaro ao Projeto de Lei 827/2020, pois no entendimento do chefe do executivo sua aprovação interferiria no direito de propriedade.

É evidente que a propagação da 'COVID-19' desencadeou uma crise mundial, com características e consequências econômicas similares a uma guerra, mas invisível, que culminou em desemprego, fome e óbitos, cobrando das autoridades medidas enérgicas, e que, infelizmente desampararam o locador para proteger o locatário, pois mesmo este não quitando os alugue-res, não poderá ser despejado até 31 de dezembro de 2021.

Até a aprovação do projeto de lei, em 23/06/2021, com 38 votos favoráveis e 36, contrários, havia uma dicotomia quanto à possibilidade de despejo por falta de pagamento de aluguel durante a pandemia, pois o judiciário apresentava entendimento contrário ao que foi garantido no texto proposto pelo deputado André Janones (Avante-MG). A exemplo do voto da **Desembargadora Carmem Lucia da Silva, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que no âmbito do Agravo de Instrumento n. 2036055-81.2021.8.26.0000 proferiu, no dia 10/06/2021, que os danos causados pela pandemia são suportados por toda a sociedade e que a pandemia, por si só, não pode interferir nos contratos, já que esta adulteração poderia criar insegurança jurídica**

e desrespeitar o princípio de igualdade, afirmando:

Por derradeiro, os efeitos deletérios da crise pandêmica são suportados pela sociedade como um todo e não tem o condão de desfigurar toda e qualquer relação jurídica, sob pena de violação aos princípios da igualdade e da segurança jurídica”(TJ-SP – CARMEN, 2021)

Sabe-se que a suspensão pode ser aplicada somente a contratos em que o aluguel de imóvel residencial seja de no máximo R\$ 600 (seiscentos reais), que o PL não é aplicado a o imóvel que seja a única propriedade do locador e o dinheiro do aluguel consiste em única fonte de renda.

Desse modo, a aprovação considerou a falta de políticas públicas que assegurassem o direito de moradia; os 45.000 órfãos da Covid-19; os 14.000.000 (catorze milhões) de desempregados; os 30.000.000 (trinta milhões) de brasileiros que estão passando fome; o possível despejo de mais de 340.000 (trezentas e quarenta mil) pessoas, mas, como sempre, infelizmente, os políticos brasileiros – deputados federais e senadores – apenas transferiram o problema para o proprietário da casa e deixaram para resolver depois.

Assim, caberá ao locatário provar que teve mudança de sua situação econômico-financeira em razão de medidas de enfrentamento à pandemia e que isso impactou no inadimplemento do aluguel e demais encargos, pois pagá-los prejudicaria a subsistência familiar; e ao locador suportar a diminuição de sua renda, pois não tem amparo legal para receber os débitos e para evitar que o inquilino acumule contas de água, energia e afins, pois os representantes do povo decidiram resolver uma crise humanitária mundial punindo parte do povo, pois o proprietário sequer poderá cobrar multa e ainda terá que haver um acordo entre este e o inquilino para reequilibrar o ajuste à nova situação financeira, atualizando valores ou parcelando-os de modo a não comprometer a subsistência familiar.

Considerou-se, apenas, que a moradia é um direito social assegurado no artigo 6º, da Constituição Federal:

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.

Mas os políticos brasileiros menosprezaram que cabe a eles o dever de proporem políticas públicas que assegurem direitos sociais básicos dos seres humanos.

O Presidente da República, Jair Bolsonaro, no dia 09/08/2021, por meio da Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, publicou o veto total aposto ao Projeto de Lei nº 827 de 2020, expondo como razão presidencial para a não sanção:

“A proposição legislativa contraria o interesse público, tendo em vista que a suspensão dos efeitos de decisões judiciais, extrajudiciais e autotutela de posse que impliquem em desocupação de imóveis públicos, até o dia 31 de dezembro de 2021, com acréscimo de um ano da data do término do estado de calamidade pública, daria um salvo conduto para os ocupantes irregulares de imóveis públicos, os quais frequentemente agem em caráter de má fé e cujas discussões judiciais tramitam há anos.

Ademais, ressalta-se que os impedimentos descritos na proposição legislativa poderiam consolidar ocupações existentes, assim como ensejariam danos patrimoniais insuscetíveis de reparação, como engorda de praias, construções de muros-contenção, edificações, calçadões ou espigões nas áreas de bens de uso comum do povo, ou danos ambientais graves poderiam ser cometidos no período de vigência da propositura.

Além disso, a proposição legislativa está em descompasso com o direito fundamental à propriedade, conforme previsto no caput do art. 5º da Constituição, tendo em vista que ao propor a suspensão do cumprimento de medidas judiciais, extrajudiciais ou administrativas nas relações locatícias, conduziria a “quebras de contrato” promovidas pelo Estado, de modo que aumentaria o risco da atividade imobiliária, com a conseqüente possibilidade de aumento dos preços dos aluguéis, além de poder potencializar a inadimplência do setor.

Por fim, a proposição legislativa contraria o interesse público, uma vez que muitas famílias, especialmente, as de baixa e média renda, com fundamento nessa premissa, adquirem imóveis como sua fonte de sustento, seja proveniente de aluguel, seja de arrendamento, seja para cultivo próprio. Desse modo, a forma proposta possibilitaria melhorias para o problema dos posseiros, mas, por outro lado, agravaria a situação dos proprietários e dos locadores. Assim, a paralisação de qualquer atividade judicial, extrajudicial ou administrativa tendente a devolver a posse do proprietário que sofreu esbulho ou a garantir o pagamento de aluguel, impactaria diretamente na regularização desses imóveis e na renda dessas famílias de modo que geraria um ciclo vicioso, pois mais famílias ficariam sem fonte de renda e necessitariam ocupar terras ou atrasar pagamentos de aluguéis.”

Ouvido o Ministério da Economia e o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

No entanto, no dia 27/09/2021, o Congresso Nacional rejeitou o veto presidencial e restabeleceu a proibição de despejo.

Ao analisar as notícias expostas no site do senado, nas tags habitação e moradia, entre 16/01/2020 e 20/10/2021, foram encontradas as seguintes manchetes. Ressalta-se que muitas notícias não se referem a habitação e nem todas as propostas foram feitas durante a pandemia, conforme o apresentado na tabela a seguir:

Manchete	Data de publicação	Projeto de lei	Objetivo
Senado fecha 2019 com 35 projetos aprovados em favor das mulheres	16/01/2020	4.692/2019	Dar prioridade às mulheres de baixa renda e vítimas de violência doméstica em programas de habitação social financiados por recursos públicos, como o Minha Casa, Minha Vida. De autoria do senador Ciro Nogueira (PP-PI), o texto seguiu para a Comissão de Assuntos Sociais (CAS).
Prioridade para a mulher no financiamento habitacional será analisada na terça-feira	14/02/2020	2.902/2019	Determinar que, na aquisição de imóvel custeado pelo Sistema Financeiro de Habitação, a mulher responsável pela unidade familiar tenha a prioridade.
Projeto dá prioridade a mulheres em financiamento habitacional.	09/03/2020	2.902/2019	Determinar que a mulher responsável pela unidade familiar tenha prioridade na aquisição de imóvel custeado pelo Sistema Financeiro de Habitação.
Zenaide Maia defende suspensão da prestação da casa própria até outubro	15/04/2020	1521/2020	Autorizar a suspensão do pagamento de prestações de financiamentos imobiliários, vencíveis entre 20 de março e 30 de outubro de 2020, de mutuários com renda familiar de até 6 salários mínimos que tenham sofrido alteração em sua condição financeira em virtude de demissão, redução de carga horária ou diminuição de remuneração, e permite o pagamento parcelado do montante referente às prestações suspensas, vedadas a incidência de encargos e a inscrição em cadastros de inadimplentes.
Projeto determina quórum de dois terços de condôminos para aumentar contribuição	06/05/2020	2370/2020	Determina que, durante o período da pandemia do coronavírus (Covid19), o aumento da “taxa de condomínio” dependerá de quórum de dois terços dos condôminos, ainda que a convenção disponha diversamente.

Projeto suspende mensalidades do Minha Casa, Minha Vida durante pandemia	18/05/2020	2575/2020	Suspender o pagamento das parcelas de contratos firmados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida durante a período de calamidade pública decorrente da Pandemia do Covid-19, retroativo a fevereiro de 2020.
Projeto permite suspensão de prestação da casa própria de afetado por pandemia	01/07/2020	1935/2020	Suspender a cobrança do financiamento habitacional de consumidores afetados economicamente pela pandemia de Covid-19.
Projeto suspende prestações da casa própria para pessoas afetadas pela crise	06/07/2020	1935/2020	Suspender a cobrança do financiamento habitacional de consumidores afetados economicamente pela pandemia de Covid-19.
Projetos querem evitar que beneficiários do Minha Casa, Minha Vida percam imóvel	13/07/2020	2575/2020	Suspender o pagamento das parcelas de contratos firmados no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida durante a período de calamidade pública decorrente da Pandemia do Covid-19, retroativo a fevereiro de 2020.
		5006/2019	Excluir do cálculo da renda familiar para fins de enquadramento e prioridade no Programa Minha Casa Minha Vida os benefícios de aposentadoria por invalidez, de auxílio-doença e de auxílio-acidente.
		2984/2020	Autorizar o devedor a solicitar a redução de até 50% das parcelas de financiamentos habitacionais inseridos no Programa Minha Casa Minha Vida durante o período da Pandemia da Covid-19, sem a incidência de qualquer tipo de multa, juros de mora ou cláusula penal, recalculando-se o valor das demais parcelas de modo a diluir nelas o valor devido em razão da redução realizada.
Senado analisa suspensão de prestação do Minha Casa, Minha Vida na pandemia	21/07/2020	795/2020	Suspender os pagamentos mensais de beneficiários do programa Minha Casa, Minha Vida por 180 dias em razão das dificuldades financeiras ocasionadas pela pandemia de covid-19.
MP cria programa Casa Verde Amarela no lugar do Minha Casa, Minha Vida	26/08/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Criar o programa habitacional Casa Verde Amarela, que busca ampliar o acesso de cidadãos ao financiamento da casa própria e promover a regularização fundiária.
Senadores defendem o aprimoramento do Programa Casa Verde e Amarela	15/09/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Instituir o Programa Casa Verde e Amarela, com a finalidade de promover o direito à moradia a famílias residentes em áreas urbanas, com renda mensal de até R\$ 7 mil, e a famílias residentes em áreas rurais, com renda anual de até R\$ 84 mil.
Davi prorroga MP que substitui Minha Casa, Minha vida por Casa Verde Amarela	26/10/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Criar o programa habitacional Casa Verde Amarela, que busca ampliar o acesso de cidadãos ao financiamento da casa própria e promover a regularização fundiária
Proposta permite saque de FGTS para pagar qualquer financiamento imobiliário	24/11/2020	5216/2020	Permitir a movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS para pagamento de parte das prestações ou para liquidação ou amortização do saldo devedor de financiamento imobiliário concedido fora do âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), bem como para aquisição de imóveis da União inscritos em regime de ocupação ou aforamento na hipótese de a operação não ser financiável nas condições do SFH.
Projeto autoriza saque de FGTS para qualquer financiamento imobiliário	26/11/2020	5216/2020	Autorizar o saque de parte do FGTS para o pagamento de operação de qualquer financiamento imobiliário, mesmo que não esteja vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação.

Aprovada na Câmara, MP que cria Casa Verde e Amarela vem ao Senado	04/12/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Prover moradia para famílias residentes em áreas urbanas, com renda mensal de até R\$ 7 mil, e famílias residentes em áreas rurais, com renda anual de até R\$ 84 mil.
Senado vota MP que cria programa habitacional Casa Verde e Amarela	08/12/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Instituir o Programa Casa Verde e Amarela, criado para substituir o Minha Casa, Minha Vida.
Senado aprova novo programa de financiamento habitacional	08/12/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Financiar habitações, regularização fundiária e crédito para reformas.
Programa que substitui Minha Casa, Minha Vida é aprovado pelos senadores	08/12/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Substituir o Programa Minha Casa, Minha Vida
Casa Verde e Amarela: Senado aprova o programa federal de financiamento habitacional	08/12/2020	Medida Provisória (MP) 996/2020	Criar o Programa Casa Verde e Amarela, substituindo o programa Minha Casa Minha Vida
Projeto permite saque do FTGS para qualquer financiamento de imóvel	11/12/2020	5216/2020	Autorizar o saque de parte do FGTS para o pagamento de operação de qualquer financiamento imobiliário, mesmo que não esteja vinculado ao Sistema Financeiro de Habitação.
Programa Casa Verde e Amarela é sancionado com veto a unificação de tributos	13/01/2021	Lei 14.118/2021, (MP) 996/2020,	Criar o Programa Casa Verde e Amarela, substituto do Minha Casa, Minha Vida. Além do financiamento habitacional, o novo plano inclui regularização fundiária e crédito para reformas. A norma é resultado da medida provisória
Sancionada lei que cria o programa habitacional "Casa Verde e Amarela"	13/01/2021	Lei 14.118/2021 (MP) 996/2020,	Criar o Programa Casa Verde e Amarela, substituto do Minha Casa, Minha Vida. Além do financiamento habitacional, o novo plano inclui regularização fundiária e crédito para reformas. A norma é resultado da medida provisória
Projeto regulamenta empreendimentos em terrenos municipais sem uso	28/01/2021	5621/2020	Estabelecer obrigações decorrentes do parcelamento do solo urbano; impossibilita a alteração, pelo loteador, da destinação dos espaços livres de uso comum, das vias e praças, das áreas destinadas a edifícios públicos e de outros equipamentos urbanos constantes do projeto e do memorial descritivo; inclui no plano diretor o mapa oficial do município, contendo a localização dos terrenos afetados a sistemas de circulação, equipamentos urbanos, equipamentos comunitários e espaços livres de uso público; e dá outras providências.
Projeto proíbe técnica de arquitetura que afasta moradores de rua	01/03/2021	488/2021	Vedar o emprego de técnicas de arquitetura hostil, destinadas a afastar pessoas em situação de rua e outros segmentos da população, em espaços livres de uso público.
Vai à Câmara texto que proíbe arquitetura hostil à população de rua em espaço público	31/03/2021	488/2021	Proibir o uso de arquitetura urbana de caráter hostil ao livre trânsito da população de rua em espaços de uso público.
Prioridade à mulher vítima de violência em programa de moradia será votada na quinta	06/05/2021	4.692/2019	Dar prioridade à mulher vítima de violência doméstica em programas habitacionais (PL); reservando 10% das unidades habitacionais a essas mulheres

Projeto que beneficia mulheres vítimas de violência em programas habitacionais vai à Câmara	06/05/2021	4.692/2019	Conceder prioridade às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar nos programas sociais de acesso à moradia financiados por recursos públicos — como o Minha Casa, Minha Vida
Vai à Câmara texto que prioriza mulheres vítimas de violência em programas de habitação	06/05/2021	4.692/2019	Conceder às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar prioridade nos programas sociais de acesso à moradia financiados por recursos públicos.
Senado pode votar suspensão dos despejos de imóveis até o final de 2021	19/05/2021	827/2020	Suspender até o final de 2021 as ações de despejo. O benefício dependerá de o locatário demonstrar a incapacidade de pagamento em razão da pandemia e valerá somente para contratos de até R\$ 600 mensais para imóveis residenciais e de R\$ 1.200 para não residenciais.
Senado analisará proibição de despejo e desocupação de imóvel durante pandemia	21/05/2021	827/2020	Proibir o despejo ou desocupação de imóveis até 31 de dezembro de 2021, com suspensão dos atos praticados desde 20 de março de 2020, excetuando-se casos já concluídos.
Senado pode votar suspensão dos despejos de imóveis na pandemia	28/05/2021	827/2020	Suspender ações de despejo ou desocupação até o final de 2021
Adiada para semana que vem votação de projeto que proíbe despejos na pandemia	17/06/2021	827/2020	Suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa para desocupação ou remoção forçada coletiva em imóveis privados ou públicos, urbanos ou rurais, até 31 de dezembro de 2021.
Senado aprova suspensão de despejos de imóvel até o fim de 2021	23/06/2021	827/2020	Suspender medidas judiciais o despejo ou desocupação de imóveis até o fim de 2021, devido à pandemia de coronavírus.
Projeto que suspende despejos vai para sanção presidencial	23/07/2021	827/2020	Proibir a execução de ações de despejo e desocupação até o final de 2021
Bezerra destaca marca de 1 milhão de moradias entregues pelo governo	19/08/2021		Governo federal ultrapassou a marca de 1 milhão de moradias entregues à população.
CAS aprova projeto que amplia rol de beneficiários do Minha Casa, Minha Vida	24/08/2021	5.006/2019	Ampliar o rol de enquadramento e prioridade no programa Minha Casa, Minha Vida.
CDH aprova moradias provisórias para jovens em situação de risco	26/08/2021	507/2018	Jovens em situação de vulnerabilidade social poderão ter direito a moradias provisórias custeadas pelo Poder Público. É o que diz o projeto de lei
CDH pode votar projeto que dá prioridade a mulheres em financiamento habitacional	10/09/2021	2.902/2019	Determinar que a mulher responsável pela unidade familiar tenha prioridade na aquisição de imóvel custeado pelo Sistema Financeiro de Habitação
Editada MP que cria programa habitacional para policiais	14/09/2021	MP 1.070/2021	Dar subvenção financeira concedida pelo governo federal e condições diferenciadas de crédito imobiliário para aquisição da casa própria a Policiais civis, militares, federais e rodoviários, além de bombeiros, agentes penitenciários, peritos e guardas municipais.

Lei que proíbe despejos até o fim de 2021 é restabelecida	27/09/2021	827/2020	Proibir o despejo ou a desocupação de imóveis até o fim de 2021 em virtude da pandemia de coronavírus.
---	------------	----------	--

Ao observar a tabela, após a leitura das notícias, fica evidenciado que quanto à habitação e moradia, a única lei que foi aprovada é a que tira do credor o direito de receber o aluguel, sendo que as outras propostas que amparam jovens em situação de risco (pronta para deliberação do plenário desde o dia 26/08/2021) e que dão prioridade às mulheres chefes de família (pronta para a pauta de comissão desde 13/09/2021) sequer foram votadas, o que corrobora com a tese de que a única proposta feita pela Câmara de deputados e aprovada pelos Senadores foi a que incumbiu a um civil o dever de arcar com os ônus da pandemia e da falta de moradia, sendo que, muitas vezes, o proprietário retira da(s) casa(s) alugada(s) o seu sustento e o direito de uma vida digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Civil garante que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Desse modo, se o dono não quiser morar no imóvel e desfrutar do bem, poderá ceder a outrem (o locatário), por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição. Geralmente essa cessão temporária ocorre por meio de um contrato locatício, que se baseia na Lei do inquilinato (Lei nº 8.245/91), no Código Civil e na Constituição Federal, em que as partes: locador e locatário estabelecem os deveres e direitos de cada uma delas, dentre eles, o cabimento de uma indenização ao inquilino por quebra de contrato e o direito de o proprietário executar ou despejar o inquilino por falta de pagamento.

Era assim que se solucionavam os inadimplementos contratuais de locação residencial até começar a pandemia de Covid-19. Depois, muitos inquilinos deixaram de solver os alugueres por inúmeras justificativas e os proprietários se viram inseguros juridicamente porque sabiam de um problema mundial que afetava de vários modos (pessoal-profissional-financeiramente) a sociedade de um modo geral.

Diante desse cenário, para não desalojar e aumentar os danos sociais, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei 827/2020, com base na função social da propriedade para suspender ações de despejo ou desocupação até o final de 2021.

Destarte, interferiu no direito dos proprietários de bem imóvel destinado à locação, alegando a função social e a dignidade da pessoa humana, punindo particulares por um problema do Estado, pois ao cedente não pode acionar a justiça para que o devedor saia ou desocupe a residência até dezembro de 2021, já que as ações de despejo estão suspensas.

Ao analisar os projetos de lei (entre 2020 e 2021) concernentes à habitação e moradia, percebeu-se que o único dispositivo aprovado foi a Lei 827/2020, ou seja, nada mais fizeram para resolver um problema social que é a falta de moradia no país, prejudicando particulares, que cederam os imóveis em troca de até R\$ 600,00 (seiscentos reais) e agora se veem impedidos de reaver o imóvel para destinar a novas locações, pois o alugatário não paga aluguel e, certamente, deixa pendentes outros encargos acessórios avalizado legalmente, porque os deputados

e senadores da República Federativa do Brasil — em vez de solucionar o problema, assumindo as responsabilidades que têm enquanto representantes do povo— apenas aprovaram medidas paliativas e que podem colocar mais uma parcela da população (aquela que loca imóveis para complementar a renda familiar e/ou a aposentadoria) em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. Manual de direito civil. / Maria Helena Diniz. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único/ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único I Flávio Tartuce. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BRASIL. Constituição Federal. In Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. Código Civil Brasileiro. In Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. Código de Processo Civil Brasileiro. In Vade Mecum Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2021.

_____. Lei Federal nº 8.245, de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acessado em 20/10/2021.

TJ-SP. VOTO N° 13.468. Acórdão: Agravo de Instrumento nº 2036055-81.2021.8.26.0000. Relatora: Carmem Lúcia da Silva. Data de Julgamento: 10/06/2021, Jus Brasil, 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1236648812/agravo-de-instrumentoai20360558120218260000-sp-2036055-8120218260000/inteiro-teor1236648832>. Acesso em 20/10/2021.

Projetos sobre habitação. Disponível em <https://www12.senado.leg.br/noticias/tags/Habita%C3%A7%C3%A3o/2>, acessado em 20/10/2021.

Senado aprova suspensão de despejos de imóvel até o fim de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/06/23/senado-aprova-suspensao-de-despejos-de-imovel-ate-o-fim-de-2021>. Acessado em 20/10/2021



A legalidade da celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias de terras devolutas

The legality of entering into extrajudicial agreements in cases of discriminatory use of public lands

Márcio Rodrigo Alecio
Alyne Jandayra Eliamen da Costa

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.8

RESUMO

O Brasil ainda possui cerca de 23% de suas terras consideradas devolutas, que devem ser arrecadadas por meio de discriminatórias administrativas e/ou judiciais. Todavia, essa arrecadação é extremamente morosa, onerosa e pouco eficiente, devido aos intermináveis processos judiciais. Enquanto isso, tais terras continuam sendo exploradas indevidamente por ocupantes irregulares. Por outro lado, a celebração de acordos extrajudiciais pode representar alternativa para facilitar a arrecadação de terras devolutas. Contudo, a legalidade desse ato é discutida, tendo em vista que não há lei autorizativa expressa que permita a sua celebração. Nesse sentido, a ordem constitucional moderna demanda a atuação da administração pública mais consensual e dialógica, por meio de uma abordagem interpretativa, que utiliza a integração, ponderação de princípios e de direitos fundamentais. A subordinação da Administração Pública não deve se limitar a interpretação estrita e formal das normas jurídicas e a legalidade deve ser vista como um princípio que se interliga a outros valores, como a eficiência, a moralidade e a finalidade pública, tomando-se como referência o princípio da juridicidade administrativa e não apenas pela observância da legalidade estrita. Portanto, a celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias para arrecadação de terras devolutas por ser considerada uma prática legal, que pode conferir maior celeridade, reduzir custos, tornar os processos mais eficientes, evitar ou reduzir o ajuizamento de ações, propiciar segurança jurídica, reduzir conflitos e contribuir para a pacificação social no campo e para o progresso socioeconômico do País, sem afastar, em nenhum momento, os princípios que norteiam a administração pública.

Palavras-chave: terras públicas. juridicidade administrativa. ponderação de princípios. conflitos agrários. regularização fundiária.

ABSTRACT

Brazil still has about 23% of its land considered vacant, which must be collected through administrative and/or judicial discriminatory actions. However, this collection is extremely slow, costly, and inefficient due to endless legal processes. Meanwhile, such lands continue to be improperly exploited by irregular occupants. On the other hand, the celebration of extrajudicial agreements may represent an alternative to facilitate the collection of vacant lands. However, the legality of this act is discussed, given that there is no express authorizing law that allows its celebration. In this sense, the modern constitutional order demands more consensual and dialogical public administration action, through an interpretative approach that uses the integration, balancing of principles, and fundamental rights. The subordination of Public Administration should not be limited to the strict and formal interpretation of legal norms, and legality should be seen as a principle that is linked to other values, such as efficiency, morality, and public purpose, taking as a reference the principle of administrative legality and not only by observing strict legality. Therefore, the celebration of extrajudicial agreements in discriminatory actions to collect vacant lands can be considered a legal practice that can provide greater speed, reduce costs, make processes more efficient, avoid or reduce the filing of actions, provide legal certainty, reduce conflicts, and contribute to social pacification in the countryside and to the socioeconomic progress of the country, without ever straying from the principles that guide public administration.

Keywords: public lands. administrative legality. balancing of principles. agrarian conflicts. land regularization.

INTRODUÇÃO

Atualmente, cerca de 23% das terras do Brasil ainda são, a princípio, consideradas devolutas. A arrecadação de terras devolutas é realizada a partir de discriminatórias, administrativas ou judiciais, e não há lei autorizativa voltada à celebração de acordos extrajudiciais em processos discriminatórios administrativos de arrecadação de terras devolutas, o que torna o processo moroso, oneroso e pouco eficiente.

A arrecadação e a destinação de terras devolutas deve ser encarada como prioritárias pelo poder público, visando combater à grilagem e os ilícitos ambientais em terras públicas, contribuir com a preservação e a conservação do meio ambiente, promover a segurança jurídica aos proprietários, destinar terras à reforma agrária e inseri-las na política agrícola nacional, contribuindo para o cumprimento da sua função social e para o desenvolvimento nacional, em prestígio ao interesse público e social.

As terras devolutas representam, atualmente, a principal forma de obtenção de terras para fins regularização fundiária no Brasil. Após a arrecadação, as terras devolutas são destinadas normalmente às famílias de agricultores familiares, por meio da criação de projetos de assentamento de reforma agrária ou através da expedição de títulos de domínios definitivos, sob cláusulas resolutivas, para fins de regularização fundiária.

A arrecadação de terras devolutas pelo Estado (Governos Federal e Estaduais), realizada a partir de discriminatórias administrativas e/ou judiciais, é onerosa, morosa e pouco eficiente, podendo demorar décadas para ser finalizada, principalmente quando adotada a via judicial. Mesmo pela via administrativa, são raros os casos em que as discriminatórias de terras devolutas são concluídas em período inferior a 05 (cinco) anos.

Essa lentidão pode comprometer os resultados esperados do processo, incentivar a grilagem e outras formas de uso ilegal da terra, bem como contribuir para uma estagnação econômica e social, com prejuízos ambientais muitas vezes irreversíveis, entre outros, visto que as terras devolutas envolvidas nas demandas judiciais ficam com seu uso limitado, deixando de cumprir sua função social, de serem exploradas e destinadas às suas finalidades legais.

Sabe-se que em muitos casos, como na ocorrência de grilagem, de crimes ambientais e da apropriação indevida e de má-fé, torna-se inevitável o ajuizamento de ações discriminatórias para arrecadação de terras devolutas, diante da impossibilidade e da falta de interesse para celebração de acordos extrajudiciais. Nas demais situações, a celebração de acordos extrajudiciais em processos de discriminatórias administrativas, principalmente, poderia reduzir consideravelmente o tempo de duração do processo, tornando-o menos oneroso e mais eficiente.

Contudo, observa-se que em inúmeras situações o poder público, apesar de ter identificado o uso de terras devolutas há décadas, ainda que de forma mansa, pacífica e de boa-fé, mesmo sabendo dos resultados práticos do processo, opta pelo ajuizamento de ações em detrimento de buscar soluções administrativas, como a celebração de acordos extrajudiciais.

Isso ocorre devido à ausência legislativa específica (material e processual) e de entendimentos consolidados quanto à possibilidade da celebração de acordos extrajudiciais em ações discriminatórias administrativas, o que gera insegurança jurídica aos gestores públicos, dificulta a tomada de decisão e representa um desestímulo à conciliação e à transação extrajudicial entre

o poder público e particulares.

Sabe-se que o tema é controverso, em razão de ausência de lei autorizativa específica, sendo discutida pela doutrina e jurisprudência a legalidade da celebração de acordos extrajudiciais pela administração pública em processos discriminatórios para arrecadação de terras devolutas.

Todavia, enquanto inexistente legislação específica que regule a matéria, devido à importância do instituto (acordos extrajudiciais), discute-se a possibilidade de suprir tal lacuna aplicando-se os métodos de integração normativa, como à analogia e os princípios gerais do direito, em especial aqueles princípios que norteiam a Administração Pública, que podem ser ponderados e assumir o protagonismo, sem afastar a indisponibilidade e a supremacia do interesse público, conferindo legalidade e segurança jurídica à celebração de acordos extrajudiciais em discriminações administrativas de terras devolutas.

Nesse sentido, o presente estudo apresenta uma abordagem qualitativa, com objetivo exploratório, porquanto avaliará de forma teórica, mas não definitiva, a legalidade e a possibilidade da celebração de acordos extrajudiciais em discriminações administrativas para arrecadação de terras devolutas, tomando-se como base métodos de integração normativa, em especial à analogia e os princípios gerais do direito aplicáveis à Administração Pública.

TERRAS DEVOLUTAS

As terras devolutas referem-se às terras que, durante o período colonial do Brasil, foram originalmente doadas a particulares pelo Império Português, com a obrigação de cultivar e povoar essas áreas. No entanto, quando os beneficiários não cumpriram essas obrigações legais, as terras foram devolvidas ao Poder Público. Além disso, as terras devolutas também incluem aquelas que não foram distribuídas pelo poder público a nenhum beneficiário específico e, portanto, permaneceram sem aproveitamento.

Até 1850, as sesmarias eram o sistema dominante de posse de terra na colônia portuguesa no Brasil, com a centralidade da posse de terras como fator fundamental. A Lei 601, de 1950, definia, em seu art. 3º, quais eram as terras devolutas:

Art. 3º São terras devolutas:

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.

§ 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em com isso por falta do cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

§ 3º As que não se acharem dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em com isso, forem revalidadas por esta Lei.

§ 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei (BRASIL, 1850).

Com a independência do Brasil em 1889, todas as terras devolutas passaram ao domínio do Estado Brasileiro, ou seja, da República Federativa do Brasil, que tem o poder de identificá-las e regularizá-las através de ação discriminatória, administrativa ou judicial. De acordo com a

Constituição Federal de 1988, em regra, as terras devolutas pertencem aos Estados-membros.

Isso significa que, em tese, todas as terras que não são de propriedade privada podem ser consideradas devolutas, desde que o Estado comprove sua propriedade sobre elas. O art. 20, inciso II, da Constituição Federal estabelece que as seguintes terras devolutas são de propriedade da União:

Art. 20. São bens da União:

(...)

II - As terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à preservação ambiental, definidas em lei;

Portanto, são da União apenas as indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações e construções militares, vias federais de comunicação e à preservação ambiental, sendo que as demais terras devolutas são dos Estados, conforme estabelece o art. 26 da Carta Magna:

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

(...)

IV - as terras devolutas não compreendidas entre as da União.

No art. 188, *caput*, a Constituição Federal assegura que há possibilidade de destinação de terras devolutas para reforma agrária, prelecionando que “a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária”.

Ademais, o art. 225, § 5º, da Constituição Federal estabelece que as terras devolutas que abrigam ecossistemas naturais são consideradas indisponíveis, ou seja, não podem ser objeto de alienação ou concessão, a fim de preservar a integridade desses ambientes. Essa disposição tem como objetivo garantir a proteção ambiental e assegurar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Neste prisma:

[...] podemos conceituar como terras devolutas:

- a) as terras que não são aplicadas a algum uso público nacional, estadual ou municipal;
- b) as que não estavam na posse de algum particular, com ou sem título, em 1850;
- c) as que não estão no domínio de um particular, em virtude de um título legítimo” (BALBINO FILHO, 1982, p. 8).

Ante o exposto, considerando a importância da regularização fundiária para o progresso, proteção e cumprimento da função social das terras devolutas, é urgente a realização de discriminatórias, sejam administrativas e/ou judiciais, para a sua devida arrecadação e destinação das terras públicas no Brasil, em atendimento ao interesse público e social.

DISCRIMINATÓRIAS E REGISTRO DE TERRAS DEVOLUTAS

Para verificar se uma terra é ou não devoluta, há necessidade de abertura de processo discriminatório administrativo e/ou judicial, conforme preceitua a Lei 6.383/1976, dispondo em seus arts. 18 e 19 acerca da legitimidade do INCRA para o ajuizamento de tais ações:

Art. 18 - O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA fica investido de poderes de representação da União, para promover a discriminação judicial das terras devolutas da União.

Art. 19 - O processo discriminatório judicial será promovido:

I - Quando o processo discriminatório administrativo for dispensado ou interrompido por presumida ineficácia;

II - Contra aqueles que não atenderem ao edital de convocação ou à notificação (artigos 4º e 10 da presente lei); e

III - Quando configurada a hipótese do art. 25 desta Lei.

Parágrafo único. Compete à Justiça Federal processar e julgar o processo discriminatório judicial regulado nesta lei. (BRASIL, 1976).

Após a conclusão do processo discriminatório, as terras devolutas arrecadadas passam a ser registradas junto à Secretaria de Patrimônio da União (SPU) ou do Estado, em conformidade com os arts. 2º e 3º da Lei 9.636/1998.

Art. 2º Concluído, na forma da legislação vigente, o processo de identificação e demarcação das terras de domínio da União, a SPU lavrará, em livro próprio, com força de escritura pública, o termo competente, incorporando a área ao patrimônio da União.

Parágrafo único. O termo a que se refere este artigo, mediante certidão de inteiro teor, acompanhado de plantas e outros documentos técnicos que permitam a correta caracterização do imóvel, será registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente.

Art. 3º A regularização dos imóveis de que trata esta Lei, junto aos órgãos municipais e aos Cartórios de Registro de Imóveis, será promovida pela SPU e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, com o concurso, sempre que necessário, da Caixa Econômica Federal – CEF.

Parágrafo único. Os órgãos públicos federais, estaduais e municipais e os Cartórios de Registro de Imóveis darão preferência ao atendimento dos serviços de regularização de que trata este artigo. (BRASIL, 1998).

Importante destacar que cabe ao Estado ou à União comprovar o domínio em terras devolutas, inclusive quanto à nulidade dos títulos de propriedade registrados na serventia extrajudicial do registro de imóveis do local em que se encontra situado o imóvel.

É importante destacar que é responsabilidade do Estado ou da União comprovar o domínio em terras devolutas, inclusive no que se refere à nulidade dos títulos de propriedade registrados nos cartórios de registro de imóveis locais. Dessa forma, a presunção de veracidade dos títulos registrados não é absoluta, sendo necessário que o Estado ou a União comprovem a nulidade dos mesmos. Vale ressaltar que o art. 1.245, § 2º, do Código Civil também deve ser observado nesse contexto:

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como

dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel. (BRASIL, 2002).

Dessa forma, diferentemente do sistema registral alemão, que traz uma presunção de veracidade absoluta, o sistema brasileiro possui presunção relativa (*juris tantum*) dos atos inscritos nos registros de imóveis, com exceção do registro Torrens.

Nesse desiderato, Serra alude:

Já no Brasil, o registro traz em si apenas uma presunção relativa (*juris tantum*) de veracidade do direito real que materializa. Nesse sentido, temos o § 2º do art. 1.245, que estabelece que “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. Deste modo, no Brasil, se houver qualquer tipo de invalidade no título obrigacional originário do direito real, pode o prejudicado procurar a esfera jurisdicional para declarar a consequente invalidação do registro dele decorrente. Então, no sistema brasileiro, defeitos do contrato contaminam o registro, podendo gerar sua invalidação, e mesmo que o adquirente estivesse de boa-fé estaria sujeito à perda do direito real, resolvendo-se a questão para ele no âmbito indenizatório. No sistema alemão, por sua vez, a mesma situação seria resolvida de forma diversa. Aquele que tivesse inscrito o direito real com ele permaneceria, sendo o prejudicado pela invalidade existente no contrato obrigacional quem deveria se contentar com a esfera indenizatória (SERRA, 2020, p. 67).

É importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já consolidou entendimento sobre o assunto, sendo que prevalece a jurisprudência no sentido de que cabe ao Estado ou à União a demonstração da nulidade do título de propriedade apresentado pelo particular. Para tanto, é necessária a apresentação de documentos cartorários ou a comprovação da nulidade dos títulos já existentes.

[...] 5. O registro do título translativo no cartório de imóveis não gera presunção absoluta do direito real de propriedade, mas relativa, vale dizer, admite prova em sentido contrário (CC/1916, art. 527; CC/2002, art. 1.231).” REsp 466.500/RS, relatora Ministra DENISE ARRUDA, Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA, Data da Publicação/Fonte DJ 03/04/2006).

6. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o EREsp 617.428/SP (DJe 17/06/2014), firmou o entendimento de que, “se as terras devolutas são definidas pelo critério de exclusão, cabe ao Estado na ação discriminatória demonstrar que a terra não se encontra no domínio de particular, podendo fazê-lo por meio de certidão cartorária” ou outros meios em direito permitidos (ex vi dos arts. 333, I, e 390 do CPC/1973).

7. Relativamente à posse, concluiu o Órgão especial deste Tribunal que “se tratar de prova negativa, de difícil ou impossível produção pelo Poder Público, pois corriqueiramente essa situação jurídica não se encontra documentada ou não é levada ao conhecimento do Poder Público” e, em observância aos preceitos da Lei n. 6.383/1976, entendeu que a comprovação deve ser feita pelo particular ocupante.

8. Hipótese em que o Estado alegou a falsidade/nulidade dos títulos de domínio privado registrados no cartório imobiliário em nome de alguns dos recorrentes, competindo ao autor da demanda, nesse aspecto, o ônus da prova do fato alegado.

9. De outro lado, cabe a quem alega a existência de sentença transitada em julgado em que se reconhece o domínio privado fazer tal prova, competindo também ao réu interessado em obter a legitimação da posse a prova da ocupação lícita das terras públicas.

10. Aqueles que não possuem título hábil para buscar a propriedade, mas detêm legitimidade para reivindicar o seu direito possessório, notadamente se reconhecida a ocupação lícita e a existência de benfeitorias sobre as áreas, devem ser considerados habilitados na ação discriminatória [...] (STJ, AREsp 888195/PI, Relator Min. Gurgel de Faria, 1ª Turma,

julgado em 18.02.2020).

Por outro lado, é responsabilidade do particular apresentar provas de que possui uma posse lícita sobre as terras consideradas devolutas, uma vez que não é possível alegar aquisição de propriedade por usucapião em relação a terras públicas, desde o Código Civil de 1916, conforme a Súmula 340 do STF, que estabelece: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”.

Destarte, o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), ainda em 1976, julgou que cabe ao Estado ou à União comprovarem que se tratam de terras devolutas, inexistindo presunção de que terras não particulares sejam públicas:

USUCAPIÃO. ALEGAÇÃO DE ESTADO MEMBRO DE QUE CABE AO USUCAPIENTE O ÔNUS DA PROVA DE QUE O GLEBA EM CAUSA NÃO É TERRA DEVOLUTA, NÃO BASTANDO, PARA COMPROVÁ-LO, O DEPOIMENTO DE TESTEMUNHAS E A EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS. INEXISTE EM FAVOR DO ESTADO A PRESUNÇÃO IURIS TANTUM QUE ELE PRETENDE EXTRAIR DO ART. 3 DA LEI 601, DE 18 DE SETEMBRO DE 1850. ESSE TEXTO LEGAL DEFINIU, POR EXCLUSÃO, AS TERRAS PÚBLICAS QUE DEVERIAM SER CONSIDERADAS DEVOLUTAS, O QUE É DIFERENTE DE DECLARAR QUE TODA GLEBA QUE NÃO SEJA PARTICULAR É PÚBLICA, HAVENDO PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE QUE AS TERRAS SÃO PÚBLICAS. CABIA, POIS, AO ESTADO O ÔNUS DA PROVA DE QUE, NO CASO, SE TRATAVA DE TERRENO DEVOLUTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. (STF, RE 86234, 2ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julgado em 12.11.1976).

Outro ponto que merece destaque é quanto às faixas de fronteiras do Brasil com outros Países. Nesse sentido, a Súmula 477 do Supremo Tribunal Federal dispõe que é permitido aos Estados-membros, por meio de lei complementar, fixar condições para a exploração de atividades econômicas pelos estrangeiros nas faixas de fronteira do Brasil, considerando-se como tais a faixa de 150 km de largura ao longo das fronteiras terrestres, e de 200 milhas marítimas de largura nas fronteiras marítimas. Essa súmula estabelece um marco jurídico para a exploração de atividades econômicas nessas áreas, que são consideradas estratégicas para a segurança nacional do Brasil:

AS CONCESSÕES DE TERRAS DEVOLUTAS SITUADAS NA FAIXA DE FRONTEIRA, FEITAS PELOS ESTADOS, AUTORIZAM, APENAS, O USO, PERMANECENDO O DOMÍNIO COM A UNIÃO, AINDA QUE SE MANTENHA INERTE OU TOLERANTE, EM RELAÇÃO AOS POSSUIDORES. (Súmula 477, STF. Data de Aprovação - Sessão Plenária de 03/12/1969).

Neste sentido, em relação às faixas de fronteiras do Brasil com outros países, é importante destacar que há um tratamento diferenciado em relação às terras devolutas da União, mesmo que essas tenham sido concedidas pelo Estado. Assim, a União precisa comprovar que se tratam de terras devolutas sob seu domínio, e não de terras particulares, sob pena de incidir a possibilidade de usucapião. A Súmula 477 do Supremo Tribunal Federal reforça a necessidade de comprovação da União para caracterizar as terras devolutas, mas não impede a aquisição por usucapião caso essa comprovação não seja realizada de forma adequada.

Dessa forma, não havendo registro de propriedade do imóvel, inexistente, em favor do Estado, presunção relativa de que sejam terras devolutas, cabendo a este provar a titularidade pública do bem imóvel. Caso contrário, a terra pode ser usucapida. Com este entendimento, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) não atendeu a pedido da União e acabou mantendo a decisão de segunda instância que reconheceu a aquisição originária de terra situada no município de Bagé (RS), por usucapião a duas mulheres. Vejamos o julgado:

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. USUCAPIÃO. FAIXA DE FRONTEIRA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE REGISTRO ACERCA DA PROPRIEDADE DO IMÓVEL. INEXISTÊNCIA DE PRESUNÇÃO EM FAVOR DO ESTADO DE QUE A TERRA É PÚBLICA.

1. O terreno localizado em faixa de fronteira, por si só, não é considerado de domínio público, consoante entendimento pacífico da Corte Superior.
2. Não havendo registro de propriedade do imóvel, inexistente, em favor do Estado, presunção *iuris tantum* de que sejam terras devolutas, cabendo a este provar a titularidade pública do bem. Caso contrário, o terreno pode ser usucapido.
3. Recurso especial não conhecido. (STJ, resp. 674558/RS, Min. Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - quarta turma).

Nesse caso em específico, as duas mulheres ajuizaram a ação de usucapião e a União contestou, alegando que a área em questão está localizada a 66 km da fronteira com o Uruguai, em uma faixa destinada a ser devoluta de acordo com a Lei 601/50 e o Decreto 1.318/54. No entanto, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que a União precisaria comprovar que a área em questão é devoluta, e não particular, para contestar a ação de usucapião. Como não houve essa comprovação, a ação de usucapião foi mantida.

De acordo com a decisão mencionada, é consenso nos tribunais superiores que, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, é imprescindível que o poder público comprove a natureza pública das terras devolutas. Caso contrário, elas não serão consideradas bens dominiais e, portanto, não serão inalienáveis e poderão ser objeto de usucapião.

Além disso, conforme a lição de Pontes de Miranda, se a terra não estiver registrada como pública, ela não pode ser presumida como tal apenas por ser devoluto. Na verdade, nos termos da lei civil, ela será considerada terra de ninguém e, portanto, passível de usucapião.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também se posicionou no mesmo sentido:

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE USUCAPIÃO - FAIXA DE FRONTEIRA - TERRAS DEVOLUTAS - REQUISITO PRESCINDÍVEL - CARACTERIZAÇÃO - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ - IMPOSSIBILIDADE.

1. - O aresto combatido está todo lastreado no exame da prova, conforme bem ressaltou o Acórdão, o fato de estar localizado em zona de fronteira, por si só, não o caracteriza como terra devoluta. Por consequência lógica, não aplicou ao caso as normas infraconstitucionais invocadas no recurso ora em exame, uma vez que não restou caracterizada a condição de terra devoluta, tal como definido e disciplinado nos referidos diplomas legais. Assim sendo, para se infirmar tal conclusão necessariamente se teria que reexaminar o conjunto probatório, o que é inviável (Súmula 07 do STJ).
2. - A simples circunstância da área objeto de litígio estar localizada na faixa de fronteira, por si só, não a torna devoluta, nem autoriza inclusão entre os bens de domínio da União. Súmula 83.
3. - Recurso Especial improvido. (STJ, resp. 736742 / SC, terceira turma, DJe 23/11/2009).

Diante do exposto, o registro é o documento legal que comprova a propriedade do bem, sendo considerado a prova inequívoca, nos termos da lei civil, assim como o registro de nascimento comprova a identidade, a idade e o parentesco de um indivíduo em ações de estado. Em regra, não se pode presumir que as terras sem título e/ou registro sejam públicas e devolutas.

CELEBRAÇÃO DE ACORDOS EXTRAJUDICIAIS EM DISCRIMINATÓRIAS DE TERRAS DEVOLUTAS

E cada vez mais comum observar a Administração Pública envolvida em inúmeras demandas repetitivas e semelhantes, o que muitas vezes resulta em uma alta carga de trabalho para os órgãos públicos e na demora na resolução das demandas.

Essa situação pode ser agravada quando a Administração tem conhecimento prévio da solução que será dada pelo Poder Judiciário e ainda assim decide litigar continuando litigando indefinidamente, até a última instância recursal, apesar de ser possível antever o resultado, o que pode levar a um grande desperdício de recursos e tempo.

Nesse contexto, os acordos extrajudiciais podem ser uma alternativa viável para solucionar as demandas administrativas de forma mais rápida e eficiente, evitando o prolongamento do litígio judicial. É importante ressaltar, entretanto, que a celebração de acordos deve sempre respeitar a legalidade e a moralidade administrativa, não podendo ferir direitos e garantias fundamentais ou contrariar os princípios da Administração Pública.

Dessa forma, a celebração de acordos extrajudiciais pode ser uma forma de a Administração Pública se adequar à nova realidade de maior judicialização, buscando soluções consensuais para as demandas administrativas de forma mais ágil e eficiente, desde que respeitados os princípios da legalidade, moralidade e da Administração Pública.

Isso significa que a administração pública deve buscar solucionar os conflitos de forma consensual, por meio de acordos extrajudiciais, envolvendo tanto os interesses do Estado quanto dos particulares, e incorporando a participação dos cidadãos nesse processo de definição do interesse público.

Debate-se que os institutos clássicos do regime jurídico-administrativo precisam ser interpretados de forma construtiva, a fim de restabelecer o equilíbrio por meio de acordos consensuais que reconheçam a importância da colaboração do particular na busca do interesse público da coletividade.

A nova ordem constitucional democrática demanda uma Administração Pública mais consensual e dialógica. Nesse contexto, é essencial que os administradores públicos estejam cientes dos riscos de não negociar e buscar soluções que visem otimizar a realização do interesse público em cada caso específico. A falta de diálogo e negociação pode trazer prejuízos ao erário e, conseqüentemente, implicar a responsabilização do administrador público.

Por outro lado, a promoção do diálogo e da participação da sociedade na gestão pública pode contribuir para uma maior legitimidade das políticas públicas e para o fortalecimento da confiança nas instituições democráticas. Além disso, a busca por soluções consensuais pode levar a decisões mais justas e equilibradas, que levem em consideração as necessidades e os interesses de todas as partes envolvidas.

Assim, é fundamental que os administradores públicos estejam atentos à importância da participação e do diálogo na gestão pública, buscando sempre soluções que atendam ao interesse público de forma eficiente e responsável.

Um ordenamento jurídico constitucionalizado, conforme aduz Guastini (2005, p. 49), ca-

racteriza-se por uma “constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação, a doutrina, como a jurisprudência, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais”.

Barroso (2006a) enfatiza a relevância da nova dogmática da interpretação constitucional na constitucionalização do direito administrativo. Essa nova abordagem interpretativa utiliza categorias inovadoras, tais como princípios, colisões de direitos fundamentais, ponderação e argumentação, que se aplicam em conjunto com o efeito expansivo das normas constitucionais, as quais são permeadas de conteúdo material e axiológico. Isso significa que essas normas irradiam com força normativa, contribuindo para a consolidação da constitucionalização do direito administrativo.

Segundo Luís Roberto Barroso (2006b, p. 69-70), a incidência mais significativa na constitucionalização do Direito Administrativo foi a aplicação dos princípios constitucionais em seu domínio:

A partir da inserção do conteúdo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais presentes na Carta Constitucional de 1988, faz-se necessário alterar a qualidade das relações entre a Administração e o cidadão, com vistas à reformulação ou até mesmo à superação dos paradigmas tradicionais, dentre os quais destaca: (i) a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, (ii) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e (iii) a possibilidade do controle judicial do mérito do ato administrativo. (BARROSO, 2006, p.69-70)

Com a transformação de valores e opções políticas em normas jurídicas, tornou-se fundamental desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a esses elementos normativos. Nesse sentido, o paradigma tradicional de que o Administrador Público está vinculado ao princípio da legalidade estrita, entendido como obediência à lei formal emanada do Poder Legislativo, foi substituído pelo princípio da juridicidade, que consiste na vinculação ao Direito como um todo, começando pela Constituição Federal.

A Lei 9.784, de janeiro de 1999, prescreve em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso I, que a Administração Pública deve atuar em conformidade com a lei e o Direito. Esse princípio tem um alcance mais amplo do que o da legalidade estrita, pois exige que o administrador público esteja em consonância com todo o ordenamento jurídico, e não apenas com a lei formal.

No mesmo sentido ensina Lopes (2013):

“ Dessa forma, houve uma clara mitigação do princípio da legalidade ocasionada pelo advento do neoconstitucionalismo, pois a lei passou a ser submetida ao crivo axiológico das normas constitucionais, de maneira que a validade de uma lei se evidencia não somente pelo modo pela qual foi constituída, mas também pela existência de compatibilidade desta com a Lei Maior. ”

De acordo com os ensinamentos de Fiorenza (2014), a subordinação da Administração Pública à lei não se limita a uma interpretação estrita e formal das normas jurídicas. Para que a atuação administrativa seja sistematicamente justificável, é necessário considerar não apenas a legalidade, mas também os princípios constitucionais e as interpretações ampliativas dos direitos fundamentais consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Em outras palavras, a legalidade deve ser vista como um princípio que se interliga a outros valores, como a eficiência, a moralidade e a finalidade pública, a fim de garantir que a Administração atue de forma coerente e equilibrada. Isso implica em ponderações e análises que

ultrapassam uma mera interpretação literal das normas, considerando o conjunto de valores que orientam a atuação do Estado.

Com base no fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, o agir da Administração Pública passa a estar vinculado não somente à lei, mas também a um 'bloco de constitucionalidade', ou seja, ao conjunto de valores e princípios constitucionais que fundamentam o ordenamento jurídico. Esse fenômeno é conhecido doutrinariamente como princípio da juridicidade administrativa.

Dessa forma, a atuação da Administração Pública deve ser pautada não apenas pela observância da legalidade estrita, mas também pelos princípios e valores constitucionais que orientam a atividade administrativa. Isso implica em uma interpretação mais ampla das normas jurídicas, considerando-se as disposições constitucionais e as exegeses ampliativas dos direitos fundamentais consagradas pela doutrina e jurisprudência. O princípio da juridicidade administrativa, portanto, é fundamental para garantir a coerência e a efetividade da atuação da Administração Pública.

A jurisprudência tem seguido a linha da constitucionalização do Direito Administrativo e do princípio da juridicidade administrativa. Um exemplo disso é o Acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no processo AMS 2000.01.00.082743-7/AP, em que o Tribunal reconheceu que a atuação da Administração Pública deve ser pautada pelos princípios constitucionais e pelos valores que fundamentam o ordenamento jurídico como um todo.

Nesse caso específico, o Tribunal entendeu que a Administração Pública deve observar não apenas a legalidade estrita, mas também os princípios da eficiência, da moralidade e da finalidade pública, que são valores fundamentais para uma atuação administrativa equilibrada e efetiva. Assim, o Tribunal reconheceu que a constitucionalização do Direito Administrativo e o princípio da juridicidade administrativa são fundamentais para garantir a observância dos direitos fundamentais e a proteção dos interesses públicos em uma sociedade democrática e justa.

Mello (2004, p. 81) destaca que "um regime jurídico é constituído pelo conjunto de princípios que lhe conferem especificidades em relação aos demais regimes de outras disciplinas".

De acordo com Freitas (2007, p. 76), a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma nova postura para a Administração Pública, que não pode mais descumprir seus deveres. Nesse sentido, a conciliação na solução de conflitos pode ser um instrumento eficaz para atingir os objetivos do Estado. No entanto, é importante ressaltar que a Administração não pode se restringir literalmente ao princípio da legalidade, sob pena de ferir o ordenamento jurídico como um todo, que requer a aplicação de uma interpretação constitucionalizada, com base na ponderação, integração e razoabilidade no caso em concreto.

Para tanto, é essencial revisar as categorias utilizadas para analisar a relação entre o Estado e a sociedade, a fim de se adaptarem às transformações paradigmáticas que buscam um controle mais dialógico, democrático e conciliatório. Nesse sentido, é crucial abandonar uma visão estritamente legalista e unilateral em favor de uma coordenação mais colaborativa entre o Estado e os cidadãos, incentivando a participação e coexistência pacífica.

Segundo Freitas (2004, p. 17),

“efeito da moderna concepção do Estado-Sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e do Cidadão, mas em recíproca coordenação, como incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação”.

Dessa forma, cabe a nova Administração Pública romper com dogmas administrativos clássicos, a fim de permitir o avanço de uma nova forma de gestão estatal, em que o interesse público seja compartilhado com a sociedade, sua real titular.

Além disso, é papel dos órgãos da Administração Pública realizar os direitos fundamentais por meio de ações positivas, restrições ou abstenções, bem como buscar a consecução de objetivos relacionados a interesses coletivos ou difusos. Essa concepção é defendida por Binbenojm (2006, p. 76-77), e reforça a ideia de que a Administração Pública deve atuar de forma colaborativa, promovendo a participação da sociedade na gestão pública e buscando o bem-estar social como objetivo principal.

Com efeito, as bases dogmáticas e exegéticas do Direito Administrativo, tais como “a interpretação do direito administrativo deverá ser feita sempre a favor dos direitos fundamentais” (OLIVEIRA, 2006, p. 310).

Deve-se, portanto, levar em conta os fundamentos republicanos da cidadania e da dignidade da pessoa humana, visando a efetivação de uma conciliação entre Estado e cidadão, Segundo Bacellar Filho (2007, p. 46) “não é possível que o interesse perseguido com o exercício da função administrativa não encontre seu princípio e fim no interesse dos próprios cidadãos, tanto numa perspectiva individual, quanto coletiva”.

Com grande clareza, Freitas (2004, p. 32-33) elenca os princípios administrativos fundamentais que devem ser aplicados à Administração Pública, a partir da Constituição Federal de 1988. Esses princípios incluem legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Eles são essenciais para que a Administração atue de maneira ética, justa, transparente e eficiente, promovendo o bem comum e respeitando os direitos dos cidadãos. Além disso, a Administração deve ter um papel mais colaborativo e dialógico, buscando soluções consensuais para conflitos e otimizando a realização do interesse público. Vejamos os principais princípios apontados pelo Autor:

- a) princípio do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana;
- b) princípio da proporcionalidade ou da adequação sociológica e da simultânea vedação de excesso e de inoperância, ou omissões causadoras de sacrifícios desnecessários e inadequados;
- c) princípio da legalidade ou do acatamento da Administração Pública ao Direito;
- d) princípio da imparcialidade (ou da impessoalidade), derivado do princípio geral da igualdade;
- e) princípio da moralidade e seu descendente princípio da probidade administrativa;
- f) princípio da publicidade ou da máxima transparência;
- g) princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações de administração;
- h) princípio da segurança jurídica associado ao princípio da motivação;

- i) princípio da ampla sindicabilidade dos atos, contratos e procedimentos administrativos, associados ao princípio da participação;
- j) princípio da unicidade da jurisdição ampla e consequente não-cerceamento do acesso ao Poder Judiciário nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão ou da Administração Pública;
- k) princípio da eficiência ou da economicidade e da otimização da ação estatal;
- l) princípio da legitimidade;
- m) princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos, associados ao princípio da precaução, válido não apenas na esfera ambiental; e,
- n) princípio da intervenção essencial que determina o dever do Estado de promover, de imediato, a tutela do núcleo dos direitos fundamentais.

É possível notar, a partir da concisa exposição dos posicionamentos dos doutrinadores brasileiros, que há várias classificações para os princípios do Direito Administrativo, mas muitos deles são interdependentes e complementares. É consenso que nenhum princípio pode reivindicar exclusividade, já que frequentemente entram em conflito e requerem avaliação cuidadosa por parte do intérprete (FREITAS, 2002, p. 246).

Considerando o contexto apresentado, a solução por meio de acordos extrajudiciais é extremamente relevante, mesmo em situações em que não há lei específica autorizando sua celebração, como ocorre em processos discriminatórios relacionados à arrecadação de terras devolutas. Nesses casos, o Poder Público pode se utilizar de métodos de integração, com base na analogia e nos princípios aplicáveis ao direito administrativo, para resolver conflitos.

Ademais, não há regra jurídica expressa que impeça a Administração Pública de adotar acordos (judiciais ou extrajudiciais). Pelo contrário, “é possível identificar exemplos marcantes de previsão legislativa aceitando a solução consensual nos processos envolvendo o Poder Público” (SUNDFELD; CÂMARA, 2010, p. 2-3).

É importante ressaltar que o Direito Administrativo tem evoluído e deixado de lado muitas restrições, permitindo a celebração de acordos administrativos. É louvável a mudança promovida pela Lei 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que alterou o artigo 26 do Decreto-Lei nº 4.657/1942, a fim de possibilitar a celebração desses acordos:

Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (BRASIL, 2018).

No mesmo sentido, o Decreto 9.830/2019 traz, nos seus arts. 2º e 3º, elementos que devem ser considerados para a tomada de decisão pela Administração Pública, em especial quanto à motivação e os fundamentos que devem ser apresentados, de forma argumentativa, indicando as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram:

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão.

§ 1º Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se valores jurídicos abstratos aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração.

§ 2º Na indicação das consequências práticas da decisão, o decisor apresentará apenas aquelas consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 3º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade. (BRASIL, 2019).

Como visto, o princípio da legalidade pode ser mitigado, em detrimento dos interesses da Administração Pública e dos administrados, tomando-se como base para decisão a jurisprudência e a doutrina, observados os critérios de adequação, proporcionalidade e de razoabilidade para motivação e fundamentação da decisão.

Sendo assim, desde que observado tais preceitos, compreende-se que qualquer ente ou órgão público pode celebrar acordo extrajudicial, independentemente de existir norma própria o autorizando.

Moreira Neto (2002) demonstra que, ainda em um cenário de transição, há sinais inequívocos de que o Direito Administrativo:

[...] surge enriquecido e expandido, não é mais o do Estado de Direito, em que lhe bastava a legalidade e a eficácia, e reinava soberano o princípio da supremacia do interesse público. Esse, é o Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito, em que, além da legalidade, se demanda legitimidade, além da eficácia se exige eficiência e nele se afirma indisputável, sobre quaisquer outras prelações, o princípio da supremacia da ordem jurídica.

Assim, a teoria clássica do Direito Administrativo no contexto do Estado Democrático de Direito contemporâneo tem buscado soluções consensuais, acordos, cooperação e parcerias entre a Administração Pública e os particulares, bem como entre órgãos e entidades públicas. Nesse sentido, a nova dogmática tem influenciado a discussão sobre novas formas de atuação administrativa que busquem equilibrar os interesses públicos e privados de forma conciliatória.

É importante ressaltar que o princípio da legalidade, presente no art. 37 da Constituição Federal, não exige que haja uma norma específica autorizando cada órgão da Administração Pública a celebrar acordos. Não se trata, portanto, de violação do princípio da legalidade. Em geral, a lei raramente exige que a Administração atue de forma imperativa, o que significa que é possível a celebração de acordos para substituir atos imperativos, mesmo na ausência de uma lei específica autorizando tal prática.

A possibilidade de a Administração Pública realizar transação, independentemente da existência de lei que a autorize já foi reconhecida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no RE 253.885-0/MG: “o acordo celebrado não é oneroso e nem gera gravame patrimonial ao município, sendo despendida autorização legislativa para tanto”.

Freitas (2007, p. 12) ensina que a Administração deve “intensa vinculação não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional”.

Ademais, a submissão da Administração à lei estrita não garante a melhor persecução do interesse público. Afinal, conforme destaca Medauar (2003, p. 144-145):

O princípio da legalidade não pressupõe que o Estado somente pode realizar atos ou medidas que a lei ordena, pois, se assim o fosse, o significado geral do princípio da legalidade paralisaria a Administração porque seria necessário um comando geral específico para cada ato ou medida editada pela Administração, tornando-a inviável.

Assim, a legalidade à qual a Administração está submetida é aquela que decorre do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, cuja interpretação deve estar em conformidade com a Constituição. Caso a Administração Pública adote uma interpretação restrita do princípio da legalidade, violaria este mesmo princípio, pois conferiria a ele um caráter absoluto, sobrepondo-o aos demais princípios que orientam o ordenamento jurídico brasileiro, os quais devem ser interpretados mediante ponderação e razoabilidade.

Com efeito, na obtenção de terras, mesmo quando onerosa, o Governo Federal, por meio do Incra, tem firmado acordos extrajudiciais com proprietários, visando à desapropriação de terras, decretadas de interesse social para reforma agrária, nos termos da Instrução Normativa Incra nº. 34, de 23 de maio de 2006, estabelecendo, em seu art. 1º, que:

A transação ou acordo judicial em ações de obtenção de terras para fins de reforma agrária, somente será realizado quando atender aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, bem como traduzir racionalidade no emprego dos recursos públicos, dentro de critérios técnicos que visem a minimizar os custos de obtenção de terras rurais, agilizar a transferência de domínio e atender a razões de oportunidade e conveniência administrativas. (INSTRUÇÃO NORMATIVA INCRA nº. 34, de 23 de maio de 2006).

Nesse contexto, um exemplo de acordo extrajudicial celebrado pode ser visto na aquisição das fazendas Morrinhos e Jacu, situadas nos municípios de Pequizeiro e Couto Magalhães, totalizando uma área de 2.884 hectares. Essas terras foram destinadas à reforma agrária, evidenciando claramente as vantagens da utilização do Instituto. O Superintendente Regional do Incra no Tocantins destacou, na ocasião, a importância desse acordo para a concretização do interesse público:

O acordo foi importante, pois evitamos a judicialização do processo e a morosidade no trâmite processual, agilizando, assim, a obtenção das terras para a criação do assentamento, explica o superintendente regional do Incra/TO, Carlos Alberto Costa. <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/incra-acordo-extrajudicial-assegura-posse-de-imoveis-rurais-no-tocantins>. Acesso em 04/06/2022.

De maneira semelhante, no Estado do Acre, o Incra tem firmado acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas para arrecadação de terras devolutas. Essa iniciativa tem permitido uma maior agilidade na resolução dos conflitos, atendendo aos interesses públicos e privados, por meio de acordos celebrados entre as partes envolvidas.

Como resultado, os proprietários rurais devolvem as terras públicas à União, regularizam suas propriedades e o Incra regulariza e/ou destina as terras arrecadadas às famílias de agricultores de baixa renda, por meio de regularização fundiária, titulação definitiva em áreas públicas federais ou através da criação de projetos de assentamento de reforma agrária.

Nesse sentido, acordos extrajudiciais em processos de discriminatórias administrativas foram celebrados de forma pioneira pelo Incra no Estado do Acre e serviram para agilizar a arrecadação de terras devolutas, desde que os proprietários concordassem com os resultados dos laudos agrônômicos de fiscalização, de vistoria e avaliação ou do laudo inerente ao processo de discriminatória administrativa.

Dessa forma, não resta dúvida de que a celebração de acordos extrajudiciais pelo Poder Público, em processos de discriminatórias administrativas para arrecadação de terras devolutas, pode representar uma importante ferramenta a ser utilizada, mesmo na ausência de lei específica autorizativa, uma vez que os princípios gerais do direito administrativo podem subsidiar tal decisão, produzindo resultados satisfatórios para o Estado, para os administrados e para toda a sociedade.

Todavia, mesmo diante de tal possibilidade, observa-se uma baixíssima utilização de acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas de terras devolutas. Isso se deve a ausência de normatização específica e pouco incentivo à adoção do procedimento, o que desestimula e gera insegurança aos gestores, que adquirem receio de eventual futura responsabilização, diante dos preceitos, indisponibilidade e supremacia do interesse público e da ausência de lei autorizativa específica para celebração dos referidos acordos.

Neste cenário, para que a Administração Pública possa se tornar mais eficiente, enquanto não há lei autorizativa para celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas de terras devolutas, os órgãos de assessoria jurídica, principalmente do Incra, da SPU e dos institutos de terras dos governos estaduais, podem, ser maiores dificuldades, expedir orientações básicas, a partir da integração normativa, analogia e princípios gerais do Direito Constitucional aplicados à Administração Pública, para que os gestores tenham maior segurança e passem a utilizar, com maior frequência, os acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas para arrecadação de terras devolutas.

Com essa iniciativa, toda a sociedade poderá ser beneficiada, uma vez que proprietários terão suas áreas legalizadas, com cadastros dos imóveis rurais desinibidos, e o poder público poderá arrecadar terras devolutas, com menores esforços e de maneira consensual, e regularizar áreas por meio da outorga de títulos definitivos em áreas públicas federais e/ou para assentamento de famílias de agricultores familiares em projetos de reforma agrária.

É importante ressaltar que a regularização fundiária, a partir da arrecadação de destinação de terras devolutas, contribui para a promoção da dignidade no campo ao conferir segurança jurídica e acesso a políticas públicas para as famílias, bem como para a preservação do meio ambiente e da cultura local.

Além disso, a regularização fundiária pode promover a redução de conflitos agrários e a melhoria das relações entre os diversos atores envolvidos no campo, como agricultores, proprietários rurais, poder público e sociedade civil. Dessa forma, a celebração de acordos extrajudiciais constitui-se em ferramenta importante para contribuir com o avanço da regularização fundiária, em busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Neste sentido, a celebração de acordos extrajudiciais em processos de discriminatórias administrativas de terras pode trazer benefícios sociais e econômicos significativos, como a incorporação de áreas ao patrimônio público, a regularização fundiária e o acesso à terra para fa-

mílias de agricultores, o que pode contribuir decisivamente para o aumento da produção e oferta de alimentos, geração de trabalho e renda e promoção da dignidade no campo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cerca de 23% das terras do Brasil são consideradas, a princípio, devolutas, uma vez que não se sabe quem as exploram e em que condições, sejam como proprietários, posseiros, detentores ou outras formas de uso ou gozo.

As discriminatórias administrativas ou judiciais representam o instrumento legal adequado ao estudo e à identificação das terras, se devolutas ou privadas. Sendo devolutas, as terras devem ser arrecadadas, incorporadas ao patrimônio público (União ou Estados) e destinadas à reforma agrária, à regularização fundiária ou para criação de unidades de conservação ambiental, entre outras formas de destinação prevista em lei.

Ocorre que os processos de discriminatórias administrativas e judiciais são extremamente morosos, onerosos e pouco eficientes, podendo levar décadas para serem concluídos. Com isso, as terras devolutas continuam, por dezenas de anos, sendo exploradas indevidamente por grileiros e invasores, que cometem ilícitos de diversas ordens, inclusive ambientais.

Ainda, não se pode deixar de reconhecer que há entre os que usam as terras devolutas, famílias que atendem aos requisitos legais à regularização, mas que infelizmente continuam à margem de exercerem os direitos plenos de posse e propriedade, principalmente devido à lentidão que envolve todo o processo de regularização fundiária no Brasil.

Nesse sentido, os acordos extrajudiciais podem conferir maior celeridade aos processos de arrecadação e destinação de terras devolutas, reduzindo custos, contemplando interesses mútuos, contribuindo para resolução de conflitos, reduzindo a judicialização e aumentando a eficiência dos serviços públicos, em atendimento às demandas da sociedade.

Contudo, não há lei autorizativa expressa que permita a celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas de terras devolutas, o que gera insegurança jurídica à tomada de decisão por gestores públicos e desincentiva o uso deste instituto.

Dessa forma, os principais entraves jurídicos para transação extrajudicial em processos de discriminatórias administrativas de arrecadação de terras devolutas estão relacionados à falta de referência normativa para subsidiar a tomada de decisão dos gestores públicos, o que traz insegurança jurídica e desestimula a celebração de acordos extrajudiciais, devido à inexistência de lei autorizativa, mesmo diante das vantagens reconhecidamente existentes na transação processual extrajudicial.

Todavia, entende-se que a Administração Pública deve adotar uma visão moderna, contemporânea e constitucionalizada para proporcionar maior eficiência e eficácia aos serviços prestados, em atendimento às demandas crescentes e urgentes da sociedade, em especial, neste caso, a arrecadação e a destinação de terras devolutas.

Para tanto, tomando-se como base os métodos de integração normativa e a ponderação entre os principais constitucionais, especialmente aqueles aplicados à Administração Pública, bem como às tendências e entendimentos mais recentes da doutrina e da jurisprudência, pode-

-se inferir que é legal a celebração de acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas de terras devolutas para arrecadação e destinação de terras devolutas.

Assim, considera-se que é possível celebrar acordos extrajudiciais em discriminatórias administrativas para arrecadação de terras devolutas, baseados em princípios constitucionais e legais, ainda que sem lei prévia autorizativa específica, devendo este entendimento ser consolidado pela doutrina e pela jurisprudência nos próximos anos, caso o poder legislativo não aprove legislação especial sobre a matéria.

Com efeito, enquanto não há lei autorizativa expressa que autorize e estimule a celebração de acordos extrajudiciais para arrecadação de terras devolutas, sugere-se que a Administração Pública, por meio de pareceres fundamentados e atos orientativos, expedidos principalmente por seus órgãos jurídicos, estabeleça critérios e procedimentos, visando fomentar à transação extrajudicial em processos discriminatórios administrativos de arrecadação de terras devolutas.

Com isso, a celebração de acordos extrajudiciais pode tornar os processos de discriminatórias administrativas de arrecadação de terras devolutas mais céleres e eficientes e menos onerosos e, em determinadas circunstâncias, poderá ser a regra adotada pelo Poder Público, o que trará inúmeras vantagens à Administração, aos administrados e à sociedade brasileira.

Ante o exposto, entende-se que a celebração de acordos extrajudiciais poderá conferir maior celeridade, reduzir custos, tornar os processos mais eficientes, evitar e/ou reduzir o ajuizamento de ações, propiciar segurança jurídica, reduzir conflitos e contribuir para a pacificação social no campo e para o progresso socioeconômico do País, sem afastar, em nenhum momento, os princípios que norteiam a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência).

REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo código civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BALBINO FILHO, Nicolau. Registro de Imóveis. São Paulo: Saraiva, 1982.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Lei 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6383.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 junho de 2022.

BRASIL. Lei 9.636, de 15 de maio de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9636.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de setembro de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Lei 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 04 de junho de 2022.

BRASIL. Decreto 9.830, de 10 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm. Acesso em: 23 de outubro de 2022.

FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. Conciliação e administração pública. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2594, 8 ago. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17131/conciliacao-e-administracao-publica>. Acesso em: 14 maio 2014.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3. Ed. Rev. Ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais. 3. Ed. Rev. E ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Madrid: Trotta, 2005.

LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. O neoconstitucionalismo e a mitigação do princípio da legalidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. 2. Ed. Rev. Atual. E ampl. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. Ed. Rev. Atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. Ed. Ver. Ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Cotinho. (coords.) Direitos humanos e democracia. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. Registro de imóveis. 4. ed. Indaiatuba: Foco, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010.



Cotas de gênero e raça na perspectiva do direito eleitoral e processos legislativos municipais, estaduais e federais

Paulo Miguel Andrade

Advogado, Especialista em Direito Eleitoral e Internacional, Master in Business Administration em Gestão de Pessoas e Desenvolvimento Gerencial, bem como em Neurociências Cognitivas e Processos Psicológicos, Roteirista e Editor de materiais de estudo para concursos, membro da Comissão especial de processo legislativo, da Comissão Defesa de Prerrogativas da Advocacia, assim como da Comissão da Advocacia Negra da OAB/BA.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.9

RESUMO

Este estudo aborda a questão das cotas afirmativas para candidatos aos postos do legislativo municipal e/ou estadual no Brasil, enfatizando as políticas implementadas em alguns estados brasileiros e a necessidade de extensão de tais cotas, sobretudo raciais, para construção de um Brasil mais justo e igual. Os dados apresentados indicam que a implementação de cotas raciais e de gênero é uma importante medida para aumentar a representatividade e a diversidade nos órgãos políticos, garantindo uma maior participação da população negra e das mulheres na tomada de decisões cruciais para o desenvolvimento humano, cultural, econômico e social de nossa nação.

Palavras-chave: direito eleitoral. poder legislativo. STF (ADPF 738). decreto nº 11.443/2023. representatividade. cotas afirmativas.

INTRODUÇÃO

A igualdade de oportunidades é um dos princípios fundamentais de uma democracia. No entanto, a realidade brasileira é marcada por desigualdades históricas e estruturais, que afetam, sobretudo, a população negra e as mulheres. Nesse contexto, as cotas afirmativas têm se mostrado uma importante ferramenta para promover a inclusão social e combater a discriminação no nosso país.

No Brasil, o sistema de cotas afirmativas para candidatos aos postos do legislativo municipal e/ou estadual não é regulamentado em nível federal, o que significa que cabe a cada estado ou município decidir se implementa ou não tal política e de que forma. Tais medidas afirmativas são políticas públicas que visam garantir a representatividade de grupos historicamente marginalizados em diferentes esferas da sociedade, como o acesso à educação, ao mercado de trabalho e à participação política.

DA NECESSIDADE DE EXTENSÃO DE COTAS AFIRMATIVAS PARA CANDIDATOS AO LEGISLATIVO BRASILEIRO

A questão da representatividade política é uma das principais demandas da sociedade brasileira atualmente. É fato que a desigualdade social e econômica no país se reflete na falta de representatividade de grupos marginalizados no poder legislativo, o que acaba por agravar ainda mais a exclusão desses grupos das decisões estratégicas governamentais e da construção de políticas públicas voltadas para suas necessidades.

É importante destacar que já existem, apesar de insuficientes, políticas de cotas afirmativas em outras esferas, por consequência lógica dos princípios e objetivos constitucionais, como no acesso à educação e a cargos públicos, por exemplo.

Nos últimos anos, a discussão sobre a necessidade de adoção de políticas afirmativas para garantir maior representatividade das minorias no poder legislativo tem ganhado espaço no debate público. No Brasil, algumas unidades da federação já adotam cotas raciais para candidaturas aos postos do legislativo municipal e/ou estadual, visando aumentar a presença de

pessoas negras nesses espaços de poder.

Um exemplo de Estado que adotou essa política é a Bahia. A legislação estadual reserva 30% das vagas para candidaturas de mulheres e 30% para candidaturas de pessoas negras, nos partidos e coligações. O Estado da Bahia é um dos mais negros do Brasil, com 76,3% da população se autodeclarando negra ou parda, de acordo com dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 2020. Apesar disso, a presença de negros nos espaços de poder ainda é muito limitada, o que torna a adoção de cotas raciais uma medida importante para garantir maior representatividade desses grupos.

Um exemplo prático dessa política pode ser visto na cidade de Salvador, capital da Bahia. Em 2020, as eleições municipais na cidade tiveram um resultado histórico em relação à representatividade de mulheres e negros no Poder Legislativo. Dos 43 vereadores eleitos, 25 são mulheres e 19 se autodeclararam negros, o que corresponde a 44% das cadeiras da Câmara Municipal. A adoção de cotas raciais contribuiu para esse resultado, já que garantiu a presença de candidatos negros em posições privilegiadas nas listas partidárias.

Neste sentido, a Lei das Eleições (Lei nº 9.504/1997) prevê que cada partido político deve reservar o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, o que pode ser considerado uma forma de cotas de gênero. Além da Bahia, alguns outros estados brasileiros já adotam essa política. São eles:

- Bahia: a legislação estadual reserva 30% das vagas para candidaturas de mulheres e 30% para candidaturas de pessoas negras, nos partidos e coligações;
- Ceará: a legislação estadual reserva 30% das vagas para candidaturas de mulheres e 20% para candidaturas de pessoas negras, nos partidos e coligações;
- Mato Grosso do Sul e Paraná: as legislações estaduais reservam 30% das vagas para candidaturas de mulheres e 10% para candidaturas de pessoas negras, nos partidos e coligações;

É importante destacar que as proporções e os requisitos podem variar de acordo com a legislação de cada estado, bem como com a decisão dos partidos e coligações em adotar ou não as cotas.

Nesse contexto, a implementação de cotas afirmativas para candidatos ao legislativo municipal e/ou estadual surge como uma alternativa para ampliar a diversidade de vozes e perspectivas na política, em relação aos grupos historicamente excluídos, como mulheres e pessoas negras. Sendo fundamental que essa iniciativa se estenda para todo o Brasil como medida de efetivação dos objetivos fundamentais da nossa nação, dispostos no Art. 3º da nossa Carta Magna, senão vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, a adoção de políticas afirmativas como as cotas raciais para candidaturas pode contribuir para a construção de um Brasil mais justo e igualitário. Como destacado por diversos estudiosos, a falta de representatividade de grupos historicamente marginalizados no poder legislativo pode reforçar as desigualdades sociais e a exclusão dessas populações. A presença de mulheres e negros no Poder Legislativo pode garantir a defesa de pautas e políticas públicas que levem em conta as necessidades desses grupos, além de contribuir para uma maior democratização da política brasileira.

As cotas raciais para candidaturas são apenas uma das diversas medidas que podem ser adotadas para garantir maior representatividade das minorias no Poder Legislativo. Outras políticas, como a adoção de cotas para cargos de direção nas Câmaras Municipais e a promoção de campanhas de conscientização e engajamento político para grupos historicamente marginalizados, também podem contribuir para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Apesar dos avanços conquistados até aqui, ainda há muito a ser feito no que diz respeito à participação desses grupos na política.

PROCESSO ELEITORAL - DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS DE CAMPANHA, TEMPO DE RÁDIO E TV

Desde a promulgação da Lei das Eleições (Lei nº 9.504/97), a distribuição de recursos públicos de campanha, tempo de rádio e TV tem sido tema de grande relevância nas discussões políticas no Brasil. Recentemente, as questões de gênero e raça têm ganhado destaque nesse debate.

Assim, a distribuição de recursos públicos de campanha, tempo de rádio e TV é sim questão central e de alta relevância. Como é sabido, a legislação eleitoral brasileira estabelece que os partidos devem destinar, no mínimo, 30% do total de candidaturas para cada gênero. Essa regra é uma importante ferramenta para ampliar a presença das mulheres na política, mas não é suficiente. É preciso ir além e considerar também a questão racial.

Sobre tal questão, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por meio da Consulta nº 0600306-47/DF, e o Supremo Tribunal Federal (STF), na decisão cautelar de ação ADPF 738, estabeleceram diretrizes para os partidos políticos procederem na distribuição de recursos considerando a questão de gênero e raça. No entanto, ainda é possível notar a falta de representatividade de mulheres e negros em cargos políticos, principalmente nos legislativos.

Convém pontuar que a lei das Eleições, em seu artigo 10º, §3º, estabelece um mínimo de 30% de candidaturas de cada gênero em cada partido político, além de assegurar o acesso dos partidos ao financiamento público de campanhas. Porém, segundo a Consulta TSE nº 0600306-47/DF, nada impede que um partido invista um valor maior de recursos financeiros em candidatas mulheres do que a proporção mínima exigida pela legislação.

Ademais, é importante destacar a necessidade de considerar a questão racial na distribuição de recursos. A ADI nº 5617/DF, por exemplo, discutiu a constitucionalidade do critério de raça no sistema de cotas para as eleições, mas ainda é necessário avançar nesse debate para garantir a representatividade de negros nos cargos políticos.

Retomando as diretrizes estabelecidas na Consulta TSE nº 0600306-47/DF, necessário pontuar o relevante voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, que nos autos traz tal raciocínio de forma didática:

“(...) a destinação de recursos a pessoas negras deve ocorrer dentro da destinação de recursos por gênero, e não de forma global. Isso porque a evasão de investimento nas candidaturas de homens negros e o baixo investimento de recursos nas candidaturas de mulheres negras se verificou justamente a partir de desvios na aplicação prática da reserva de recursos para candidaturas femininas”.

“(...) (i) os recursos públicos do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e o tempo de rádio e TV destinados às candidaturas de mulheres (decisões judiciais do STF na ADI nº 5617/DF e do TSE na Consulta nº 0600252-18/DF), devem ser repartidos entre mulheres negras e brancas na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações;

(ii) os mesmos recursos públicos de financiamento e a distribuição de tempo de rádio e TV na propaganda eleitoral gratuita devem ser destinados às candidaturas de homens negros na exata proporção das candidaturas apresentadas pelas agremiações.”.

Em igual sentido, o Ministro Ricardo Lewandowski, em decisão cautelar (ADPF 738) no STF, em 10 de setembro de 2020, estabeleceu as diretrizes de como os partidos devem proceder na distribuição de gênero e raça:

“(...) o volume de recursos destinados a candidaturas de pessoas negras deve ser calculado a partir do percentual dessas candidaturas dentro de cada gênero, e não de forma global. Isto é, primeiramente, deve-se distribuir as candidaturas em dois grupos - homens e mulheres. Na sequência, deve-se estabelecer o percentual de candidaturas de mulheres negras em relação ao total de candidaturas femininas, bem como o percentual de candidaturas de homens negros em relação ao total de candidaturas masculinas. Do total de recursos destinados a cada gênero é que se separará a fatia mínima de recursos a ser destinada a pessoas negras desse gênero”.(STF, 2020)

Restando assim, entendimento já pacificado nos tribunais superiores, ser de fundamental importância que os partidos políticos adotem medidas efetivas para a promoção da igualdade de gênero e raça na política brasileira, inclusive por meio da distribuição adequada de recursos financeiros e tempo de rádio e TV. Além disso, a presença dos mais diversos atores e representantes sociais na produção legislativa e no processo legislativo é fundamental para que as demandas da população sejam atendidas de forma justa e igualitária.

DA RESERVA DE VAGAS EM CARGOS DE COMISSÃO E FUNÇÕES DE CONFIANÇA NA ESTRUTURA DO PODER EXECUTIVO FEDERAL

Além da adoção de cotas raciais para candidaturas, outras políticas afirmativas têm sido discutidas e adotadas em diversos setores da sociedade brasileira, incluindo áreas do setor público historicamente nunca alteradas frente a tais reflexões. Recentemente, no Poder Executivo Federal, o governo decidiu reservar até 30% de vagas em cargos de comissão e funções de confiança em sua estrutura, incluindo administração direta, autarquias e fundações, para pessoas negras. A decisão foi tomada em março de 2023, por meio do Decreto nº 11.443/2023, como forma de garantir maior representatividade de negros em posições de liderança no serviço público federal.

Essa medida representa um avanço significativo na luta contra o racismo institucional e a exclusão de negros em espaços de poder e decisão. No entanto, é importante destacar que

essa política não deve ser vista como uma solução única e definitiva para o problema da desigualdade racial no Brasil. É necessário que outras medidas sejam adotadas em conjunto, como a promoção da igualdade salarial, a garantia de acesso à educação de qualidade para todos os grupos sociais e o combate ao racismo estrutural presente em diversas esferas da sociedade.

Dessa forma, o decreto nº 11.443/2023 pode servir como um exemplo e uma inspiração para que outros estados e municípios adotem medidas semelhantes em suas respectivas esferas de poder. A reserva de vagas em cargos de comissão e funções de confiança para pessoas negras pode ser uma política efetiva para garantir maior diversidade e representatividade em espaços de poder e decisão, contribuindo para a construção de um país mais justo e igualitário. No entanto, é preciso ressaltar que políticas afirmativas devem ser implementadas de forma cuidadosa e planejada, considerando a realidade de cada contexto e buscando sempre o diálogo e o consenso entre diferentes grupos e setores da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a adoção de cotas raciais para candidaturas aos postos de trabalho e representação do Legislativo Municipal, Estadual e Federal, é medida importante para garantir maior representatividade de grupos historicamente marginalizados, como mulheres e negros, no Poder Legislativo.

Por conseguinte, a implementação de políticas afirmativas, como as cotas raciais para candidaturas e a reserva de vagas em cargos de comissão e funções de confiança, é um importante passo para combater a desigualdade racial no Brasil. No entanto, essas medidas devem ser vistas como um processo contínuo e complexo, que requer a participação ativa de diferentes atores sociais na sua produção e execução.

É fundamental que as vozes das comunidades e dos movimentos sociais sejam ouvidas e consideradas nos processos de tomada de decisão, tanto na esfera municipal, estadual como federal. A presença de representantes de diferentes grupos e setores sociais na produção legislativa e no processo legislativo é essencial para a construção de políticas públicas mais inclusivas e representativas.

Nesse sentido, é importante que a sociedade brasileira continue lutando por uma participação mais efetiva nas esferas de poder e decisão, garantindo a diversidade e a representatividade necessárias para a construção de um país mais justo e igualitário. Somente com a união e a colaboração de todos os setores e grupos sociais será possível alcançar uma sociedade mais justa e inclusiva para todos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jul. 2010.

BRASIL. Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º out. 1997.

BRASIL. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 jul. 2020.

BAHIA. Tribunal Regional Eleitoral. Eleições 2020. Disponível em: <http://www.tre-ba.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Censo Demográfico 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9662-censo-demografico-2010.html>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Eleições 2020. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2020/resultados>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Assembleia Legislativa do Estado da Bahia. Quotas para negros em concursos públicos. Disponível em: <http://www.al.ba.gov.br/midia-center/noticia/quotas-para-negros-em-concursos-publicos>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Governo do Estado da Bahia. Decreto nº 11.443, de 21 de março de 2023. Disponível em: <http://www.saeb.ba.gov.br/visualizarDiario/visualizarDiario.action?id=42722>. Acesso em: 28 mar. 2023.

Consulta TSE nº 0600306-47/DF; ADI nº 5617/DF; Consulta TSE nº 0600252-18/DF; Decisão cautelar de ação no STF (ADPF 738); Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições); Jurisprudência do TSE e STF sobre a distribuição de recursos públicos de campanha e tempo de rádio e TV.



Direito contemporâneo: a inovação industrial e a (des)industrialização no Brasil

Contemporary law: industrial innovation and (de)industrialization in Brazil

Eva Letícia Ricciardi de Paula

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.10

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o processo de industrialização no mundo e no Brasil, por meio da análise histórica dos principais anos nesse processo. Após, será explorada a importância da inovação industrial e a sua relação com o processo de desindustrialização no país.

Palavras-chave: direito contemporâneo. inovação industrial. desindustrialização. Brasil.

ABSTRACT

This paper has as the main purpose to analyze the industrialization process in the world and in Brazil, through the historical analysis of the main years in this process. Then, the importance of industrial innovation and its relationship with the deindustrialisation process in the country will be explored.

Keywords: contemporary law. industrial innovation. deindustrialisation. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva, sob a ótica do direito contemporâneo, analisar de forma breve o processo de industrialização no mundo e no Brasil, bem como o conceito de inovação industrial e sua relação com o processo de desindustrialização no país.

Como será detalhado abaixo, a inovação tecnológica é um ferramental de extrema importância para a manutenção de competitividade do setor industrial e, como consequência, agregar valor ao produto final. Após o fenômeno da globalização, a inovação tecnológica se mostrou como essencial para o progresso dos países.

É certo que a indústria se revela como o setor fundamental do desenvolvimento econômico de um país. Ainda que no Brasil a maior parte do PIB não seja relacionado ao segmento industrial, é inegável que o setor industrial é de extrema importância para o desenvolvimento produtivo e tecnológico do país.

A INDÚSTRIA ATUALMENTE NO MUNDO

A indústria mundial apresentou fortes transformações a partir dos anos de 1990. Em meados de 1990 a estrutura do comércio mundial de manufaturados apresentava forte predomínio de sistemas regionais de produção que substituíram grande parte dos sistemas nacionais anteriormente existentes.

A estrutura e a dinâmica contemporânea da indústria são o resultado do período de 20 anos de vigências das políticas neoliberais em escala global entre 1989, ano da queda do Muro de Berlim, e 2008, ano da eclosão da crise global.

Ao longo dos anos, as mudanças nos regimes nacionais de política econômica e dos

regimes de comércio e de investimentos internacionais resultaram em uma profunda reorganização da atividade industrial no mundo.

Como ensina Mariano Francisco Laplane:

A estrutura industrial herdada dos 20 anos de neoliberalismo é globalizada, concentrada e fortemente desequilibrada no que tange à distribuição geográfica da produção e do consumo no mundo.

É globalizada porque a fabricação de grande parte dos bens manufaturados é organizada em sistemas que segmentam a produção de insumos e componentes e a montagem de bens finais em regiões e países diferentes, explorando vantagens de custos ou quaisquer externalidades existentes em cada local. A reorganização permitiu que a produção atingisse escalas globais. Trata-se da organização de sistemas internacionais integrados de produção e comércio também denominados “cadeias globais de valor”. (LAPLANE, 2015, p. 338)

Atualmente as empresas globais e Estados nacionais articulam esforços em grande escala e mobilizam seus recursos para capturar oportunidades advindas da inovação que sejam capazes de restaurar o dinamismo econômico.

Trata-se de uma disputa na construção e desenvolvimento de vantagens econômicas e políticas entre empresas e países. O objetivo é fortalecer posições para a futura etapa do pós-crise da economia global.

A INDÚSTRIA E A ECONOMIA NO BRASIL

No Brasil foi a partir de 1930 que o núcleo industrial começou efetivamente a se desenvolver, com preponderância em São Paulo, tanto na capital como no interior.

O processo de industrialização no país, todavia, não ocorreu naturalmente e foi resultado de uma ruptura do monopólio de pensamento e dos domínios dos interesses agrícolas que se formaram no Brasil desde a expansão cafeeira.

O período de 1930 a 1963 é conhecido como o período da “Industrialização Restringida” no Brasil, que é quando a industrialização ocorre de forma mais branda, embora ainda de maneira restrita.

A partir de 1964 iniciou-se no Brasil o modelo desenvolvimentista que, com a chegada dos militares ao poder e a crise financeira mundial, resultou no fim do modelo desenvolvimentista no Brasil no início dos anos de 1980.

Embora em meados de 1970 o Brasil tenha atingido uma das mais elevadas taxas de crescimento econômico do mundo, isso não foi suficiente para o país se manter diante da nova realidade que se apresentava no cenário econômico internacional, após o fim do acordo de Bretton Wood e a mudança no padrão internacional da moeda.

O Brasil, que tinha um setor de fábricas dependente do petróleo, sofreu com o aumento dos custos de produção e aumento da taxa de inflação, que saiu do controle a partir dos anos de 1980.

Nas palavras de Mariano Francisco Laplane:

Até a crise da dívida da década de 1980, o Brasil foi o país latino-americano melhor sucedido na construção de uma estrutura industrial diversificada. No início da década tinha praticamente completado a substituição de importações, internalizando a produção de bens industriais por meio da forte presença de filiais de empresas multinacionais líderes nos diversos mercados de bens intensivos em tecnologia. Contava com a participação de empresas públicas e de capital nacional na produção de insumos industriais de uso difundido. Mostrava uma incipiente inserção exportadora em manufaturas intensivas em recursos naturais e em mão de obra e, inclusive, em bens de intensidade média no uso de tecnologia, como automóveis. Ao longo dos anos 1980 houve tentativas de mobilizar empresas nacionais para explorar oportunidades nos novos polos de crescimento, como na indústria de informática e na química fina. Os grupos nacionais iniciaram timidamente movimentos de diversificação e de internacionalização. (LAPLANE, 2015, p. 346-347)

O período de 1980 a 1984 marcou o Brasil com o fim do 'milagre' econômico com o início da "grande recessão econômica". O país registrou o menor nível em cifras dispendidas com C&T em 1983 a 1984, com 0,54% e 0,51 do PIB.

Os anos de 1985 a 1989 foram conhecidos como a era dos planos econômicos. Foi nesse período que se criou uma expectativa de uma retomada da economia brasileira, sob as premissas de retomada da atividade industrial, superavit comercial, salário com poder de compra e redução da importação.

Os anos de 1990 a 1991, por sua vez, foram conhecidos por representarem mudanças estruturais na economia brasileira, como por exemplo com a apresentação do Plano Collor, que entrou na história em razão do confisco de reservas financeiras dos cidadãos.

Chama a atenção para um ponto muito importante no âmbito da industrialização brasileira, qual seja, o processo de substituição de importação, capitaneada pelo Estado dentro das características do modelo econômico desenvolvimentistas que visou corrigir as falhas de mercado da economia brasileira, considerando que foi concebido como resultado de uma sinergia entre o desequilíbrio externo e a novas demandas por importações, resultantes da expansão industrial.

A fase de substituição de importação resultou em uma oportunidade muito valiosa ao Brasil, tendo em vista que foi por meio desse modelo que os processos fabris vieram a se tornar maiores e mecanizados, auxiliando a existência de um avanço tecnológico por parte das indústrias brasileiras.

Referida fase levou as indústrias a adquirirem máquinas e equipamentos sofisticados que progrediu até atingir o estágio de evolução industrial que tornou viável a substituição de bens importador por similares nacionais.

A DESINDUSTRIALIZAÇÃO NO BRASIL

Ao longo dos anos 1990 o Brasil não conseguiu acompanhar o crescimento econômico e tecnológico do Leste Asiático, principalmente se olharmos para a China. Restou ao Brasil se tornar parceiro comercial dos chineses, mediante o fornecimento de commodities minerais e agrícolas, o que certamente contribuiu para os superávits na balança comercial brasileira, em razão ao aumento da explosão de preços no mercado internacional e aumento da demanda.

O processo de desindustrialização brasileiro é um tema bastante discutido nos últimos anos, que se caracteriza, principalmente, pela queda da participação da indústria no valor agregado nacional e do emprego industrial no emprego total do país.

Há autores que acreditam em uma perda de relevância precoce da indústria brasileira, provocada principalmente pela tendência crônica de valorização da taxa de câmbio.

Segundo a doutrina:

Essa apreciação cambial teria acentuado a perda de competitividade industrial iniciada ainda nos anos 1980, com a estagnação econômica e a retração na produtividade do trabalho, e aprofundada com a liberalização comercial no início dos anos 1990. (AZEVEDO, 2013, p. 17)

Por outro lado, há autores que identificam apenas um processo natural de reestruturação da economia, no qual certos setores industriais estariam fadados a desaparecer, ao passo que outros, mais competitivos, iriam triunfar.

Ainda que o debate esteja longe de se findar, a longa manutenção de baixas taxas de crescimento do setor industrial no Brasil leva cada vez mais à discussão de desindustrialização precoce no país.

O que anda mais preocupando os estudiosos da área é justamente a desindustrialização precoce do Brasil, se mostrou cada vez mais dependente da exportação de commodities nos últimos anos.

Para alguns estudiosos, a precocidade da desindustrialização brasileira estaria relacionada à existência da “doença holandesa”. Isso se dá quando o aumento das exportações das commodities, e consequente valorização da taxa de câmbio, afeta negativamente o setor industrial ao induzir a alocação de recursos para os setores de maior rentabilidade, ligados à exploração de recursos naturais abundantes e de mínimo valor.

INOVAÇÃO INDUSTRIAL

A inovação se mostra essencial ao desenvolvimento como um todo. Ciência e tecnologia, como se sabe, fazem parte das inquietações políticas e das estratégias econômicas das desenvolvidas nações capitalistas.

As transformações tecnológicas são fundamentais para o desenvolvimento econômico de um país. Os gastos em P&D nas economias desenvolvidas resultam em indústrias mais evoluídas tecnologicamente, que, por sua vez, causam a geração de novos produtos e processos, que, conseqüentemente, retroalimentam a competição, fomentando a necessidade de cada vez mais se investir em tecnologia.

Desde que o Brasil começou a investir de forma mais incisiva em Ciência e Tecnologia na década de 1960, o cenário internacional se transformou de forma radical.

O modelo de gestão linear simples, que surgiu após a Segunda Guerra mundial foi predominante por três décadas. Referido sistema tinha como premissa um padrão de pesquisa básica que evoluíram ao longo dos anos subsequentes.

IMPACTOS DA POLÍTICA DE INOVAÇÃO NA DESINDUSTRIALIZAÇÃO BRASILEIRA

A partir do fim da figura do Estado como promotor do desenvolvimento industrial e tecnológico do Brasil as políticas industriais não apresentavam o resultado esperado.

A fase de substituição de importação não foi suficiente para criar no Brasil um ambiente inovativo, com enfoque na inovação, sobretudo em empresas do setor privado, quando o ciclo desenvolvimentista foi esgotado e com ele o processo de substituição de importações.

O processo de industrialização no Brasil começou a perder fôlego a partir da crise econômica vivenciada no país a partir da década de 1980, por não se valorar devidamente o desenvolvimento tecnológico, que teve como pico uma crise de liquidez financeira internacional.

Não se pode negar que durante a década perdida, leia-se, do início dos anos de 1980 até o anúncio do Plano Real, o país perdeu espaço no cenário internacional da indústria quando se fala em indústria de média-alta tecnologia.

A partir da década de 1990, momento no qual o país realizava a sua abertura comercial com o objetivo de se inserir no comércio internacional de forma competitiva, tornou-se evidente a necessidade do desenvolvimento de uma estrutura tecnológica que prestasse como apoio à atividade produtiva, aproximando a pesquisa de base do desenvolvimento industrial.

A abertura comercial e a estabilização da moeda no Brasil a partir de 1990 trouxe à tona que a deficiência nas indústrias brasileiras era estritamente ligada aos baixos investimentos em P&D.

A razão principal da vida econômica, considerando as últimas décadas, foi a intensa competição entre nações e empresas, que adotaram como estratégia o uso da inovação tecnológica com o objetivo de obrigar competidores consolidados em determinados mercados a abrir mão de posições tidas como impossíveis de serem conquistadas.

É inegável que a formação de blocos comerciais, o aumento dos conflitos nas esferas comercial e tecnológica, podem ser considerados sintomas de um ambiente internacional hostil para o qual será cada dia mais difícil se o Brasil se inserir se não direcionar o seu foco estratégico para a inovação tecnológica.

O que se verifica é que o processo de desindustrialização no Brasil não é resultante apenas de um único evento claro, e sim de uma série de ações, dentre elas a falta de investimento em C&T, que contribuiu para o processo de desindustrialização.

POSSÍVEL ESTRATÉGIA DE REINDUSTRIALIZAÇÃO

Partindo-se da premissa de que a estratégia para o desenvolvimento econômico de países como o Brasil precisa ter como objetivo a indústria com cerne na inovação, as possíveis estratégias de reindustrialização do país seriam propostas com análises das políticas industrial e macroeconômica, identificando o agente causador do processo de desindustrialização.

Como ensina Mariano Francisco Laplane:

Para consolidar e ampliar o processo de inclusão social e retomar o crescimento, o Brasil precisa desenvolver e expandir a produção industrial. (...) A indústria desempenha esse papel promovendo a inovação, criando mercados de consumo e renovando os processos de produção de bens e serviços em outros setores da economia para os quais fornece componentes e equipamentos. Sem produção industrial local diversificada e competitiva, a expansão do consumo e do investimento poderá ter efeitos negativos sobre as contas externas e restringir o crescimento. Os obstáculos a vencer para retomar a industrialização brasileira são atualmente muito maiores do que há 20 anos. (LAPLANE, 2015, p. 350-351)

Como visto, a inovação pode ser considerada como um elemento coringa para estratégias de reindustrialização no Brasil, podendo o Estado, por meio de polos científicos como as universidades, aproximar o pesquisador da empresa privada para que ambos possam se beneficiar do resultado da pesquisa.

É livre de dúvidas que o Estado apresenta um papel importantíssimo no processo inovativo de um país. Ainda que a grande participação do Estado esteja relacionada às pesquisas básicas de universidades e centros de pesquisa e desenvolvimento, o seu papel de agente promotor da cultura de inovação de um país deve sobressair.

Considerando a extrema relevância da C&T para a soberania nacional, para o desenvolvimento econômico e social, e para a industrialização, se mostra necessário um aumento exponencial na participação do Estado nas questões relativas ao desenvolvimento científico e tecnológico do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude do que foi analisado, é possível concluir que a inovação se mostra como figura essencial para uma possível estratégia de reindustrialização no Brasil, considerando que, como visto, a inovação se mostra como figura importante ao desenvolvimento como um todo e as transformações tecnológicas são fundamentais para o desenvolvimento econômico de um país.

Levando em consideração os argumentos acima, observa-se claramente a ligação com a falta de investimento em C&T no Brasil como um resultado do processo e desindustrialização brasileira, que começou a perder fôlego a partir da crise econômica vivenciada no país a partir da década de 1980, por não se valorar devidamente o desenvolvimento tecnológico, que teve como pico uma crise de liquidez financeira internacional.

A partir disso, é imprescindível, como exposto, a participação do Estado no processo inovativo do Brasil, como agente promotor da cultura de inovação de um país deve sobressair.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Filipe Zago de Azevedo, Carmem Feijó; Daniel Arruda – organizadores. A desindustrialização brasileira. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2013.

BARBOSA, Nelson, Nelson Marconi, Mauricio Canêdo Pinheiro, Laura Carvalho – organizadores – 1. ed. Indústria e Desenvolvimento Produtivo no Brasil. Rio de Janeiro, RJ: Elsevier : FGV, 2015.

LAPLANE, Mariano. Inovação, competitividade e reindustrialização no Brasil pós crise. Rio de Janeiro, RJ: FGV, 2015.

SOETE, Chris Freeman Luc. A Economia da Inovação Industrial. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2008.



Autorregulação profissional: uma análise da ADPF 183 – caso da música e poder de polícia

Marliete Lopes dos Santos

Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR)

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.11

RESUMO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 183 de autoria da Procuradoria Geral da República, questiona se a regulamentação de profissões coloca em conflito a liberdade de expressão da atividade de artista com a liberdade profissional, já que em uma democracia constitucional não caberia ao Estado policiar a arte, inexistindo justificativa legítima a amparar a imposição de requisitos de capacitação para o desempenho da profissão relacionada as artes. Nessa perspectiva o artigo busca entender como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando acerca da regulação profissional, já que não se trata de questão inédita no Plenário da Suprema corte. O principal fundamento do STF para afastar a exigência profissional obrigatório dos músicos e o poder de polícia da Ordem dos Músicos do Brasil foi que a Lei 3.857/1960, em determinadas passagens não teria sido recepcionada pela Constituição Federal/88, já que implica em ofensas às liberdades de profissão e de manifestações artísticas.

Palavras-chave: liberdade de expressão. liberdade profissional. constituição federal.

INTRODUÇÃO

No que concerne a regulação profissional pelo ente estatal, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 183, julgada pelo STF, reconheceu o pedido proposto pela Procuradoria Geral da República, declarando que não houve recepção de dispositivos da Lei 3.857/60, onde assentou o entendimento em precedentes, que o conteúdo e a qualidade das manifestações artísticas fogem ao controle do estado.

Segundo a PRG, o questionamento tem fundamento, pois os dispositivos impugnados não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, e em consequência, apresentam-se em flagrante incompatibilidade com a liberdade de expressão, características naturais da atividade artística, bem como a liberdade profissional, pois estabeleceu requisitos para o exercício da profissão e instituiu o poder de polícia sobre a atividade de músico, logo incompatíveis com aqueles preceitos fundamentais da CF/88.

Assim, a ADPF foi o instrumento jurídico apropriado impugnar a validade constitucional da lei, que regulamenta o exercício da profissão de músico, nos artigos s 1º (parcial); 16; 17, caput (parcial), §§ 2º e 3º; 18; 19; 28; 29; 30; 31; 32; 33; 34; 35; 36; 37; 38; 39; 40; 49, caput; 50; 54, “b” (parcial); e 55 (parcial).

A lei impugnada criou a ordem dos músicos (OMB), tendo estabelecido requisitos para o exercício da profissão de músico, além do mais foi instituído o poder de polícia sobre essa atividade artística, com penalidade aplicadas àqueles que porventura exercesse ilegalmente a profissão, sem o devido registro nos órgãos competentes: Ministério da Educação e no Conselho Regional dos músicos, com jurisdição na região de atividade do artista.

Como questão de fundo, a PGR ingressou com ADPF contra dispositivos da Lei nº 3.857/60, que regulamenta a profissão de músico, questionando Poder de Polícia sobre a profissão vs. Liberdades de profissão e manifestações artísticas, em vista do art. 5º, incisos IX e VIII da Constituição Federal de 1988.

Assim, a regulação do Poder Público com o objetivo de fiscalizar e/ou restringir a liber-

dade de manifestação artística deve ser excepcional e proporcional à proteção, como ficou asentado na decisão que considerou, somente admite-se restrições para aquelas profissões que envolvem atividades com exigências técnicas e potencial lesivo para a sociedade, o que não é o caso da profissão de músico, pois pode-se assegurar que não existe nenhum interesse coletivo a ser tutelado com determinação de padrões de ortodoxia artística, o que aliás, as manifestações musicais, devem ter seu conteúdo e qualidade, de forma livre, avaliados pela sociedade, mas jamais por uma instância estatal de controle.

É preciso fazer um corte para que se compreenda acerca da regulação e autorregulação, no que diz respeito as profissões, para avançar no entendimento do julgado referido.

Ao fazer referência a regulação, podem ser atribuídas diferentes definições, a depender da situação em relação à qual estiver relacionado. Para Alexandre Santos de Aragão (2012, p. 208), O conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos e sociais, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e os orientando em direções socialmente desejáveis.

A definição proposta por Vital Moreira (1997. p. 34) segue no mesmo sentido, já que tal autor conceitua a regulação como o “estabelecimento de regras para a atividade econômica destinadas a garantir o seu funcionamento equilibrado, de acordo com determinados objetivos públicos”. O conceito está associado à produção de normas que possuem como fim, portanto, nortear o desenvolvimento e execução de certa atividade.

Segundo Odete Medaur (2002), a partir década 80, e que com mais ênfase na década seguinte, houve um movimento nos países desenvolvidos, bem como nos países em desenvolvimento, com vista em transferir para o setor privado, entes e atividades realizadas pelo Estado, e que surgiu naquela época vocábulos pouco ou nunca utilizados, com: reforma do Estado; modernização do Estado; redução do setor público; desestatização; desregulação; liberalização da economia; privatização; Estado regulador; marcos regulatórios; regulação.

No entanto, segundo Egon Bockmann Moreira (2013, p. 89), no Brasil, foi depois da década de 1990 que a temática do “Direito da regulação” ficou viva e colorida. Apesar de ser impróprio falar-se de “Estado regulador” (ou “Estado mínimo”) num país em que algumas das maiores empresas dos mais importantes setores econômicos - v.g., bancário, energia e petróleo, telecomunicações, logística e transportes - são públicas, pode-se constatar que, a partir de então, a regulação econômica passou a assumir função antes estrutural do que circunstancial

Nesse contexto acrescenta o mesmo autor (2013, p. 91):

Quem regula estabelece os parâmetros pelos quais fatos, condutas ou situações deverão ser consideradas regulares legítimos e/ou válidos (e quais serão os desvios inadmitidos). Nesta acepção, regular significa “fixar as regras” - que podem instalar inovações ou consolidar costumes, mas, em ambos os casos, pretendem disciplinar. Quem fixa as regras visa a que o sujeito regulado mude o seu comportamento natural. o objetivo é o de que a conduta futura seja de acordo com tais pautas. Sob este aspecto revela-se o Direito da regulação econômica: aquele conjunto de ações jurídicas que visam a estabelecer parâmetros de conduta econômica em determinado espaço-tempo.

Podemos destacar a autorregulação privada, cujo objetivo seria melhorar e estabelecer requisitos mínimos para o exercício de certa atividade, com a ressalva de que as normas de

conduta ou padrões de comportamento são criadas pelos seus próprios destinatários. Assim, está relacionada à regulação produzida pelos próprios agentes regulados, sendo que há uma submissão voluntária, que decorre da autonomia da vontade.

Autorregulação é o mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivos, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativas (MARQUES NETO, 2011)

A autorregulação nada mais é que, a afirmação, por meio de um documento escrito, de normas de conduta e padrões de comportamento criados por entes extra estatais ou não, cujo cumprimento foi fixado previamente como objetivo a ser seguido por aqueles que elaboram, aprovam e subscrevem ou aderem a essa autorregulação. Trata-se, portanto, de um documento, produtos de direito, à margem do Estado ou não, no qual as partes efetivamente impõem a si mesmas um elenco de comportamentos, em definitivo, de boas práticas para ditar normas que direcionam sua própria atividade.

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), embora não seja instituto público, mas sim uma Organização não Governamental, a qual é encarregada de fazer valer o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária, que foi provado durante o 3º Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em São Paulo em 1978, desde então e até esta data, o CONAR já instaurou mais de 9 mil processos éticos e promoveu um sem-número de conciliações entre associados em conflito, no entanto, nunca foi desrespeitado pelos veículos de comunicação e, nas raras vezes em que foi questionado na Justiça, saiu-se vitorioso, informação encontrada no sítio da ONG.

Francisco Defanti (2018), traz a discussão acerca dos limites subjetivos da atividade regulatória, e indaga: quem pode regular as atividades desenvolvidas por empresas ou pessoas físicas?

No entanto, a regulação estatal é o que tem prevalecido em maior dimensão em variados setores, em especial o econômico e o social, destacando a imposição de regras pelos poderes públicos com a finalidade especial de influenciar a conduta dos agentes econômicos no âmbito privado, mas é importante fazer um destaque, no sentido de não ligar Regulação a agências reguladoras, no Brasil, é comum atrelar-se o estudo da Regulação, enquanto instrumento de intervenção do Estado na Economia, a figura das agências reguladoras, contudo, a regulação não se restringe às agências reguladoras, já que para ele, sequer se reduz ao Estado, assim que entende Defanti citando Black (2002, p. 19):

A atividade regulatória, portanto, não se limita ao Estado, admitindo-se a adoção – por iniciativa do próprio Poder Público ou independentemente dele – de estratégias alternativas de regulação. Nesse sentido, é possível falar-se em um espaço público não estatal,²⁸ no âmbito do qual as instituições privadas habilitam-se, mediante o exercício responsável de sua autonomia, a exercer poderes tipicamente públicos. Em outra perspectiva, a partir das considerações traçadas acima, pode-se adotar um conceito de regulação descentralizada (DEFANTI, 2001, p. 19)

É possível que a regulação estatal tenha intenção de limitar a expansão do poder de mercado, equilibrar possíveis falhas de mercado, e possivelmente facilitando os monopólios ou oligopólios.

É importante ressaltar, como sucintamente ventilado acima, que é inevitável reconhecermos que existe vida fora do Estado, ou seja, os agentes privados, ao exercerem determinadas funções, podem e devem organizar suas atividades, zelando pelo nível de qualidade do serviço colocado à disposição da coletividade, cuidando e respeitando com base em normas deontológicas, implementando o que se convencionou chamar de autorregulação, onde setores econômicos ou sociais buscam ser regulados por agremiações privadas adstritas do próprio setor a ser regulado, afastando a normatividade estatal, sendo produzida pelos próprios interessados, podendo ser privada (se as suas interesses forem estabelecidas por auto dependência dos regulados, de forma livre, na base do direito privado e da liberdade negocial) ou pública (se as interesses de autorregulação forem impostas ou reconhecidas oficialmente pelo Estado e dotadas de poderes de normação e de disciplina obrigatória).

Apesar de todos os argumentos apontados na doutrina e decisão relativo à determinação profissional, foi publicada em 18/08/2020, a Lei nº 14.038/2020 que regulamentou a profissão de historiador.

Em 27/04/2020, houve o veto do projeto assentado em razão de ofensa a direito fundamental previsto no art. 5º, XIII Da Constituição da República, afrontando o livre exercício de profissão, no entanto, teve a rejeição pelo Congresso Nacional do veto, seguido o projeto para ser convertido em lei.

A razão do veto ao Projeto teve raízes em julgamentos anteriores do Supremo Tribunal Federal, pois como já havia entendido aquela suprema corte, a liberdade de expressão artística não se sujeita a controle estatal, pois a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, incisos IV, IX, XIV e no art. 220, não autorizam controle, logo não cabendo a regulação estatal, bem como no RE nº 414.426, de relatoria da Min. Ellen Gracie, que dispõe que 'é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença', nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Ficando patente pelo o texto constitucional e a interpretação dada pelo STF que, não cabe para o exercício profissional, regulação estatal, seja de qualificação específica, ou de requisito formal.

Não obstante, com a derrubada do veto, e a lei que regulamenta a profissão de historiador ter entrado no ordenamento jurídico pátrio, nos faz indagar se o legislador infraconstitucional possui ampla liberdade para estabelecer quaisquer requisitos para o exercício de atividades, ofícios e profissões, ou seja, interferência em qualquer atividade profissional, pela regulação e pela restrição ao seu exercício.

É importante levar em consideração que fica evidente que a Suprema Corte, quando chamada a manifesta-se acerca de ofícios e profissões, considerou a possibilidade de se ter condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu ofício, ressaltando, no entanto, que a regra é a liberdade, e que essa regra será afastada quando houver potencial lesivo na atividade, sendo então necessário a exigência de inscrição em Conselho de fiscalização profissional.

Logo, quanto ao exercício de ofício ou profissão, sem potencial lesivo, como atividade de músico, prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão." (RE 414.426, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 1º-8-2011, Plenário, DJE de 10-10-2011.) No mesmo sentido: RE 509.409, Rel. Min. Celso de Mello, decisão

monocrática, julgamento em 31-8-2011, DJE de 8-9-2011.

A Corte já havia se pronunciado poucos anos antes, quando do julgado referente a regulação da profissão de Jornalista, onde assentou que não pode o Estado pelos seus órgãos definir previamente o que poderia ser dito por indivíduos ou jornalista.

Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. (ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011.) Vide: ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

Assim, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 511.961, o Supremo declarou a não recepção, pela Constituição de 1988, do art. 4º, V, do Decreto-Lei nº 972/1969, que para registro profissional de jornalista, junto ao Ministério do Trabalho, exigia a apresentação de diploma universitário de jornalista, ficando assentado:

“Não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. Dever de omissão que inclui a própria atividade legislativa, pois é vedado à lei dispor sobre o núcleo duro das atividades jornalísticas, assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*. (ADI 4.451-MC-REF, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011.) Vide: ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009.

Ainda na Rp 930, o STF julgou inconstitucional a lei que condicionava o exercício da profissão de corretor de imóvel à inscrição no Conselho Federal da categoria, ademais considerou que o ofício em questão não exigia, por natureza, qualificação técnica, para o STF a exigência era destituída de fundamento constitucional, tendo ficado esclarecido pelo Ministro relator, Rodrigues Alckmin:

“(...) por força do poder de polícia, se possa cuidar, sem ofensa aos direitos e garantias individuais, da regulamentação de certas atividades ou profissões, vale frisar, ainda, que essa regulamentação não pode ser arbitrária ou desarrazoada, cabendo ao Judiciário a apreciação de sua legitimidade”.

Embora o art. 5º, inciso XIII, da constituição disponha a possibilidade de a lei instituir exigências de qualificação profissional, tais condicionamentos não estão inteiramente à mercê da discricionariedade do legislador, pois como, diz o Min. Moraes na ADPF 183 que a música “é uma manifestação artística elementar do espírito humano. Daí por que não faz sentido impor à música, ou ao músico, qualquer subserviência ou reverência a padrões, pautas ou ortodoxias”.

Ademais, com asseverou o Ministro Alexandre de Moraes no sentido de que a legitimidade da atuação legislativa no campo do exercício do trabalho deve ser restrita ao indispensável para viabilizar a proteção de outros bens jurídicos de interesse público igualmente resguardados pela própria Constituição, como a segurança, a saúde, a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, a proteção especial da infância e outros.

E conclui dizendo o Ministro:

Somente quando a execução individual de determinada atividade puder implicar risco a alguns desses valores, imprescindíveis para o bem-estar da coletividade, é que o legislador estará autorizado a restringir a liberdade de trabalho. (BRASIL, 2020)

No caso da ADPF 183, o STF julgou procedente o pedido para declarar a não recepção

de dispositivos da Lei nº 3.857/60. Considerou que o art. 5º, XIII, parte final da CF admite a limitação do exercício de trabalhos, ofícios e profissões, desde que materialmente compatível com preceitos do texto constitucional, e limitando-as quando o inadequado exercício venha a causar danos a terceiros e desde que obedçam a critérios de adequação e razoabilidade, o que não ocorre em relação ao exercício da profissão de músico, ausente o interesse público.

É cabível ressaltar que o Tribunal Superior de Justiça reconhece a possibilidade de limitação ao exercício de determinadas atividades artísticas quando se coloque em risco determinados bens jurídicos, vejamos:

“Assim como deve ser respeitada a diversidade cultural e permitida a livre difusão de ideias e expressões artísticas, também deve ser combatida qualquer forma de violência concreta ou simbólica (humilhação), que é - se não estimulada - pelo menos retratada em canções. Deve-se, portanto, atentar para as ilegalidades que porventura permeiam as músicas, sem criticá-las pela mera crítica, de gosto pessoal (...)”. (BENJAMIN, STF).

Logo, somente admitem restrições para aquelas profissões que envolvem atividades com exigência técnica e potencial lesivo para a sociedade, o que não é o caso da profissão de música, podemos destacar que inexistente interesse público na sua restrição.

Interesse Público pode ser entendido como opção pela regulação de algumas profissões, objetivando resguardar-se e proteger-se a sociedade de maus profissionais. Logo, pode-se entender a relação no caso de interesse público, com uma nítida relação à potencialidade lesiva de determinadas profissões. Por não ser o direito ao exercício de atividade absoluto, é possível que haja restrições impostas pelo legislador, desde que se mostrem razoáveis e proporcionais.

Para Gustavo Binbenbajt (2016, p. 114), em determinadas situações, os direitos fundamentais irão exercer uma eficácia bloqueadora ao exercício do poder de polícia. Portanto, a intervenção legislativa ou administrativa deverá ser considerada inconstitucional. Utilizando os ensinamentos de Robert Alexy, dirá que os direitos fundamentais colocam o Estado numa posição de não competência, e o indivíduo de não sujeição.

Considera-se que o STF vem afirmando, com base no art. 5º, XIII, da CF/88, que esse dispositivo assegura a liberdade de escolha como exercício de uma atividade a título trabalho, ofício ou profissão, quando não haja a possibilidade de causar riscos para a preservação do bem estar coletivo.

Atividades profissionais que não possuam potencial lesivo a sociedade, vem admitindo a Suprema, a não possibilidade de interferência estatal, sendo, portanto, admitidas restrições para aquelas profissões que envolvem atividades com exigência técnica e potencial lesivo para a sociedade, o que não é o caso da profissão de músico, jornalista, corretor de imóvel, o que pode destacar que inexistente interesse público na sua restrição.

Levando a efeito que ao existir potencial lesivo a coletividade há de assentar que a autorregulação ficará em certo ponto prejudicada, pois ficará submetida em certa medida de uma regulação estatal, no que diz respeito a organizar e reconhecer oficialmente a organização profissional, para estabelecer a sua atuação e definir a sua competência. Assim ela é protagonizada por organismos profissionais ou de representação profissional dotados de estatuto jurídico-público. É o que se passa com a Ordem dos Advogados, no entanto, a de considerar, ainda uma correção ou autorregulação com a participação do Estado.

Como já exposto, o conceito de autorregulação na sua definição mais elementar é a regulação levada a cabo pelos próprios interessados podendo a mesma ser privada (se as suas instâncias forem estabelecidas por auto vinculação dos regulados, de forma voluntária, na base do direito privado e da liberdade negocial) ou pública (se as instâncias de autorregulação forem impostas ou reconhecidas oficialmente pelo Estado e dotadas de poderes de normação e de disciplina obrigatória idênticos aos deste). Relativamente ao nosso trabalho, a forma de autorregulação que mais nos interessará analisar será a pública pois é essa a realidade nacional no que à advocacia diz respeito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Importante considerar, como já foi assentado na Suprema Corte, no conhecido *leading case*, Rp 930, de Relatoria do Min. Rodrigues Alckmin, no julgamento a respeito da interpretação do art. 5º, XII, da CF, onde foram invalidadas as restrições legais à atividade de corretor de imóveis, importantes conclusões apontadas, que continuam sendo levadas em consideração:

- 1) lei não pode estabelecer limitações injustificadas, arbitrárias ou excessivas.
- 2) As limitações instituídas pela lei devem fundamentar-se em critérios técnicos capazes de atenuar os riscos sociais inerentes ao exercício de determinados ofícios.
- 3) As limitações instituídas pela lei não podem impedir o acesso a determinada categoria profissional apenas sob o pretexto de favorecer os seus atuais integrantes, mediante restrição exclusivamente corporativista do mercado de trabalho.

É importante levar em consideração, em vista da ADPF 183 que a legitimidade da atuação legislativa no campo do exercício do trabalho deve ser restrita apenas ao indispensável para viabilizar a produção de outros bens jurídicos de interesse público igualmente resguardado pela própria constituição, como a segurança, saúde, a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, a proteção especial da infância e outros.

Ademais, a liberdade de expressão artística não pode ficar sujeita a controles estatais, processos de criação artísticas não podem ficar adstritas a normatizações e controles burocráticos.

Fazendo uma correlação com o julgamento do RE 511.961, que envolveu a possibilidade de regulamentação do jornalismo, observou o Min. Gilmar Mendes que, é impossível o controle estatal sobre jornalista, pois impossível admitir a criação pelo Estado de uma Ordem ou um Conselho profissional, já que o poder de polícia é vedado, onde prevalecem as liberdades de expressão e informação.

Diferente do jornalista, no que diz respeito à advocacia, entendeu o Suprema Corte, por meio do RE 603.583, Rel. Min. Marco Aurélio, como Constitucional, a Lei 8.906/194 que disciplina o exercício da profissão, reconhecendo a permissão de regulamentação da profissão.

É Inequivoco que a discussão trazida na ADPF 183 já havia sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, exigindo posicionamento da Corte em razão de limitações impostas pelo legislador ao livre exercício da profissão de músico, por restringir também a livre manifestação de expressão artística, que em outra direção a Constituição Federal de 1988 salvaguarda os direitos

fundamentais, com ressalvas para profissões que exigem técnica, e envolve potencial lesivo a sociedade, o que não se verifica na profissão de músico.

Nos julgados da RE 511.961/SP (exigência de diploma de jornalista) e RE 414.426/SC (exigência de inscrição na Ordem dos Músicos), em ambos o Supremo Tribunal Federal entendeu que a falta de regulamentação para o exercício da profissão de músico e jornalista não apresenta dano efetivo ou potencial para a sociedade.

Bem como nos julgados acima, na ADPF 183, a Excelsa Corte enfatiza o princípio da liberdade de expressão, corroborando que a restrição aos exercícios destas profissões representa ofensa ao artigo 5º, inciso IX, e parte final do inciso XIII, da CF, além do mais, a Corte manifestou-se no sentido de que não há lesão ou dano efetivo a sociedade ao dispensar a necessidade de preencher de certas condições para o exercício, quer das profissões de músicos como de jornalistas.

Ficou apontado na Ementa da ADPF 183, no que concerne a existência de um conselho profissional, com fim de selecionar, disciplinar e fiscalizar o exercício da profissão de músico; proceder a registro profissionais obrigatórios, para expedir carteiras profissionais obrigatórias e para exercer poder de polícia, aplicando penalidade pelo exercício ilegal da profissão, afronta as garantias da liberdade de profissão e de expressão artísticas, assim a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi julgada procedente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BENJAMIN, Ministro Herman. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 274602.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 21 Set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>;

PODER de Polícia, ordenação e regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: fórum, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 511.961. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 414.426. Relatora: Ministra Ellen Graice. Disponível em www.stf.jus.br.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 183. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em www.stf.jus.br.

CONSELHO Nacional de Autorregulamentação Publicitária Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>> acesso em: 1º jan. 2021.

DEFANTI, Francisco. Revista de Dirirei Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 149-181, jul./set. 2018.

MEDAUAR, Odete. Regulação e Auto Regulação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 228, p. 123-128, abr. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46658/44479>>. Acesso em: 21 Set. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v228.2002.46658>.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. R. de Dir. Público e Economia. Belo Horizonte. 2011. p. 79-94.

MOREIRA, Egon Bockmann. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano I I, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

MOREIRA, Vital. Auto Regulação Profissional e Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1997.



Pregão eletrônico ou presencial: uma análise em empresa prestadora de serviços terceirizados

Adilson da Rosa

Administrador. Graduado em Administração de Empresas pela Faculdade Municipal de Palhoça.

Alissane Lia Tasca da Silveira

Advogada, Administradora e Professora de Direito Tributário e Empresarial na Faculdade Municipal de Palhoça. Doutora em Administração pela Universidade do Vale do Itajaí.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.12

RESUMO

No setor público, para fazer a contratação de um serviço ou fazer a aquisição de um produto, se faz necessário a abertura de uma licitação. Atualmente existem seis modalidades de licitação, dentre elas o pregão eletrônico e pregão presencial. O pregão é o modelo mais recente da licitação no Brasil. Prevista na Lei 8.666/1993 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, a qual foi alterada pela Lei 14.133/2021. Esta modalidade é própria para a contratação de bens e serviços comuns independentemente de seu valor, modelo desenvolvido com objetivo de desburocratizar os procedimentos de licitação já existentes. O pregão eletrônico ou pregão presencial pode trazer vantagens e desvantagens para as empresas que optarem por participar em uma dessas modalidades. O objetivo deste trabalho é analisar a modalidade licitatória mais viável para a empresaprestadora de serviços terceirizados, ou qual dos modelos de licitação se adequa às necessidades da empresa. Desse modo, será feita uma análise comparativa entre o pregão eletrônico e o pregão presencial. Embora o pregão eletrônico tenha tornado o processo licitatório mais rápido e menos burocrático, para a empresa estudada o pregão presencial se apresenta como mais viável, permitindo maior transparência. A empresa no ato licitatório consegue através de seu representante um ajuste de valores e uma melhor negociação, podendo ser ofertado um lance menor que seu concorrente, garantindo sua vitória no processo licitatório.

Palavras-chave: administração pública. licitação. pregão.

ABSTRACT

In the public sector, in order to contract a service or purchase a product, it is necessary to open a bidding process. Currently, there are six types of bidding, including electronic and in-person bidding. The auction is the most recent model of bidding in Brazil. Provided for in Law 8.666/1993 regulates art. 37, item XXI, of the Federal Constitution, establishes rules for public procurement and contracts and makes other provisions, which was amended by Law 14.133/2021. This modality is suitable for contracting common goods and services regardless of their value, a model developed with the aim of reducing bureaucracy in existing bidding procedures. Electronic trading or face-to-face trading can bring advantages and disadvantages to companies that choose to participate in one of these modalities. The objective of this work is to analyze the most viable bidding modality for the company, or which of the bidding models suits the company's needs. In this way, a comparative analysis will be made between the electronic auction and the face-to-face auction. Although the electronic auction has made the bidding process faster and less bureaucratic, the face-to-face auction is more viable, allowing for greater transparency. In the bidding process, the company obtains through its representative an adjustment of values and a better negotiation, being able to offer a lower bid than its competitor, guaranteeing its victory in the bidding process.

Keywords: public administration. bidding. auction.

INTRODUÇÃO

A administração pública é conceituada como um conjunto de órgãos ou entidades que realizam atividades, num sentido geral abrange um conjunto de funções que inclui o planejamen-

to, organização, direção e controle. Entre as atividades realizadas pela administração pública está a licitação. Para Pietro (2003) a licitação é o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se enquadram nas condições no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará aquela mais conveniente para assim celebrar o contrato.

O trabalho realizado na empresa prestadora de serviços terceirizados tem como propósito abordar a modalidade pregão, modalidade existente em duas classificações: presencial e eletrônico. Diante do assunto escolhido será analisado as diferenças entre as modalidades de licitação, quais as vantagens e desvantagens. Desse modo, o objetivo deste trabalho é analisar a modalidade licitatória mais viável para empresa objeto de estudo, a partir de uma entrevista semiestruturada, e observação participante dos autores.

Atualmente existem dois tipos de pregão, o pregão presencial e o pregão eletrônico, com o avanço da tecnologia, o modelo de pregão presencial está sendo menos utilizado. A fim de acompanhar a tecnologia, o setor público criou o pregão eletrônico, que é a ferramenta mais utilizada nos dias atuais. A importância do pregão eletrônico nos dias atuais é a economia gerada pela diminuição de papéis e pela simplificação de alguns procedimentos burocráticos, além de uma possível redução dos preços pagos na compra de materiais ou serviços.

Diante do tema, questiona-se: Quais das modalidades licitatórias, dentre pregão presencial e eletrônico, são mais adequadas a empresa estudada?

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

O presente tópico apresenta a revisão da fundamentação teórica sobre os temas relacionados ao tema em tela.

A administração pública sentiu-se obrigada a instituir a modalidade de licitação através de pregão eletrônico ou presencial, com objetivo de trazer celeridade e desburocratização ao procedimento licitatório, bem como não perder a qualidade nas propostas, uma vez que a competitividade nesta modalidade de licitação possui como uma grande característica.

Dando ênfase ao tema licitação, serão abordados na sequência outros tópicos referentes ao assunto.

Licitação

Para Amorim (2020), licitação é entendida como procedimento administrativo formal, pelo qual, sob determinação legal, uma pessoa governamental, com base em condições previamente estipuladas e em observância aos princípios da administração pública, busca selecionar a proposta mais vantajosa para a conquista de uma pretensão contratual voluntária.

Modalidades de Licitação

Como regra, as modalidades de licitação são definidas tomando-se por base a natureza do objeto pretendido ou o valor da contratação.

No entanto, para contratações de bens e serviços comuns com menor valor, a legislação

estabelece procedimento mais simplificado (OLIVEIRA, 2003).

De acordo com o artigo 22 da Lei nº 8.666/93 e Lei nº 14.133, as modalidades de licitação no Brasil são: concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão, sendo que este pode ser realizado de forma presencial ou eletrônica. Concorrência conforme definição contida no art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de modalidade de licitação entre alguns interessados que, na fase inicial de habilitação preparatório, comprovem possuir qualificações mínimas exigidos no edital. Obedecendo duas regras básicas, a ampla publicidade e a universalidade (NOHARA, 2017).

Salienta-se que a Lei 14.133 de 1 de abril de 2021, cuja ementa estabelece Lei de Licitações e Contratos Administrativos, trouxe também como modalidade o diálogo competitivo, qual seja:

[...]modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. (BRASIL, 2021).

Para Motta (2004), concorrência é a modalidade de licitação apropriada para valores de grande vulto, para alienação de bens imóveis, concessão de direito real de uso e concessão de obra pública (§1º do art. 22). Qualquer pessoa interessada pode participar do processo, desde que tenha sua habilitação na fase inicial do processo licitatório.

A tomada de preço é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados, ou que atendam as condições de cadastramento até o terceiro dia anterior à data prevista para o recebimento das propostas.

Para Motta (2004), a tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente inscritos ou que atenderem as condições estabelecidas no edital até o terceiro dia anterior à data de recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Procedimento de menor complexidade do que a concorrência, mas depende fundamentalmente de um cadastramento bem atual.

Outra modalidade de licitação adotada é o convite, é a modalidade de licitação entre os convidados o qual é necessário no mínimo três participantes e demais interessados cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem interesse até 24 horas antes da data de apresentação das propostas.

Para Nohara (2017), o convite refere-se a contratações de pequeno valor, conforme definido pelo art. 23 da lei, isto é, até 150 mil reais para obras e serviços de engenharia e 80 mil reais para os demais serviços e compras. Observa-se que, em que pese essa observação do autor, a nova Lei de Licitações vem alterar esses parâmetros.

De acordo com Oliveira (2003), a modalidade convite é a mais simples, a qual é utilizada nos certames de menor complexidade ou de menor valor. Nessa modalidade a Administração escolhe os licitantes que serão convidados, no mínimo três, devendo estender o convite aos cadastrados na especialidade correspondente ao objeto que está sendo licitado.

Já o concurso é o modelo de licitação cujo objetivo maior é fomentar as atividades técnicas, científicas e artísticas, e não exatamente a contratação da execução do projeto que, se

ocorrer, deve ser objeto de nova licitação para a escolha do executor. Assim, ele finda com a escolha dos trabalhos e a premiação dos vencedores, que não possuem direito à contratação de seu projeto.

Para Meirelles (2007), o regulamento descrito no concurso indica qual a qualificação dos participantes será exigida; estabelecendo as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; fixando qual a condição de sua realização e os prêmios a serem concedidos; designará a Comissão Julgadora e disporá sobre os critérios de julgamento (arts. 51, §5º e 52).

Em se tratando de leilão, diz-se que é a modalidade de licitação destinada para a venda de bens públicos móveis, ou para móveis que são adquiridos através de procedimentos judiciais ou de concessão de pagamentos.

Leilão é a modalidade de licitação utilizada para a venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, e para alienação de bens imóveis, prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (arts. 22, §5º) (MOTTA, 2004).

Enfatizando-se o pregão, haja vista o tema do presente estudo, traz-se que é uma modalidade de licitação que tem como objetivo incrementar a competitividade e a agilidade nas contratações públicas. Essa maximização se dá, entre outros fatores, em face da possibilidade de oferecimento de lances por parte dos licitantes, após a apresentação de propostas escritas.

Modelo de licitação inovador e preponderante para o perfeito atendimento ao princípio da economicidade, uma vez que, com esse modelo é possível alcançar uma redução considerável nas despesas, contribuindo de forma significativa com o ajuste fiscal determinado na lei de Responsabilidade Fiscal (BITTENCOURT, 2020).

De acordo com Meirelles (2007), pregão é modalidade de licitação regulada pela Lei 10.520, de 17.7.2002. Além disso, tem-se o aparato normativo no art.22, XXVII, da Constituição Federal.

Para Oliveira (2003), no pregão é feita a disputa das propostas e lances em sessão pública, ou, se for o caso, por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação. Nessa modalidade, vislumbra-se o formato presencial e eletrônico.

O pregão presencial implica na presença física do agente público que o conduz e dos representantes dos licitantes que participam da licitação, sendo este realizado no modelo tradicional, isto é, todos os seus atos abertura dos envelopes-propostas, oferecimento de lances e abertura dos envelopes com documentos, realizados em sessão pública, transcorrendo em um ambiente real, modelo de licitação menos vantajoso, devido ao grande volume de documentação impressa, e para ser realizado é preciso a presença física dos participantes (OLIVEIRA, 2003).

Para tornar o processo licitatório mais acelerado, o Decreto nº 5.540/05 estabeleceu o pregão eletrônico para a Administração Pública Estadual, Distrital e Municipal, além das entidades privadas, quando estas contratarem bens ou serviços comuns com recursos voluntários repassados pela União.

Com o início da utilização do pregão eletrônico nas licitações promovidas pelos órgãos da Administração Federal, constatou-se a necessidade de ajustes, culminando com a edição

do Decreto nº 5.450/05, que estabeleceu novo regulamento para a modalidade, revogando, por conseguinte o Decreto 3.697/00 (OLIVEIRA, 2003). Desse modo, diante das duas revogações, foi publicado o DECRETO Nº 10.024, DE 20 DE SETEMBRO DE 2019.

Para Meirelles (2007), o pregão eletrônico é aquele realizado através da utilização de recursos tecnológicos, ou seja, por meio de comunicação pela Internet. Este procedimento está previsto no §2º do art. 2º da Lei 10.520. Seu procedimento segue as regras básicas do pregão comum, mas, não é preciso a presença física do pregoeiro e dos participantes, já que todas as comunicações são feitas por via eletrônica.

As vantagens do pregão eletrônico consistem em oportunizar aos participantes em vários pregões ao mesmo tempo, tem mais oportunidades e visibilidade na contratação pública, sendo o modelo atual mais rápido, desburocratizando o processo licitatório.

Ao encerrar-se a base teórica, enfatiza-se que se passa por um momento de transição legislativa, em que a Lei 14.133/2021 assim determina:

Art. 193. Revogam-se:

- os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

- a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

No próximo tópico serão descritos os procedimentos metodológicos.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O tópico de metodologia tem por objetivo a apresentação do método de pesquisa utilizado, descrevendo as etapas desempenhadas para poder atingir o resultado proposto.

Para obter as informações descritas neste artigo, os pesquisadores utilizaram entrevista semiestruturada realizado no dia 12 de abril de 2022. O tempo de pesquisa foi de março de 2021 a fevereiro de 2022, ainda, foi realizada pesquisa no acervo digital da empresa, disponibilizado no site da mesma, haja vista que o objetivo deste trabalho consiste em analisar a modalidade licitatória mais viável para empresa. A partir dessa entrevista foi realizada a análise do discurso do entrevistado, qual seja o gestor da empresa, cujo nome não é divulgado na presente pesquisa, pois os autores não tiveram autorização para tal. No mesmo viés, justifica-se o ocultação do nome da empresa objeto do presente estudo.

De acordo com o objetivo proposto neste trabalho, a análise da modalidade licitatória mais viável para Empresa Prestadora de Serviços Terceirizados, os autores buscaram também através de leitura bibliográfica em materiais já publicados referente ao assunto, pesquisando também via internet em sites especializados. A pesquisa classifica-se como qualitativa, porque não se faz uma abordagem analítica numérica de tratamento de dados, o pesquisador realizou entrevista semiestruturada com um dos gestores da empresa, pela conveniência, bem como agregar conhecimento acerca do tema investigado.

Em continuidade ao enquadramento metodológico, de acordo com Gil (2019), a pesqui-

sa aplicada, apresenta muitos pontos de contato com a pesquisa pura, pois depende de suas descobertas e se beneficia com seu desenvolvimento, no entanto, tem como característica fundamental o interesse na aplicação, utilização e consequências práticas dos conhecimentos.

Sendo assim, tem-se a presente pesquisa como sendo aplicada, por ser desenvolvida dentro da Empresa Prestadora de Serviços Terceirizados, obtendo o conhecimento essencial para o alcance dos objetivos propostos. Salienta-se que o tipo de pesquisa aplicada foi possibilitado, ao presente estudo, haja vista a oportunidade de observação participante dos próprios pesquisadores.

De acordo com as observações, os pesquisadores optaram pela utilização da pesquisa participativa, pois, os pesquisadores encontram-se inseridos, ou seja, envolvidos nos acontecimentos expostos neste artigo. Segundo Prodanov & Freitas (2013), a pesquisa participativa tem em sua característica o envolvimento entre pesquisadores e os membros dos acontecimentos pesquisados.

APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE RESULTADOS

A empresa prestadora de serviços terceirizados

A empresa, objeto de estudo, surgiu em abril de 1968, para atender a um Edital de limpeza, publicado pelo antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Desde sua fundação, o mercado ganhou espaço e novas oportunidades.

Em 2018 a empresa foi vendida, mas manteve o mesmo objeto social de atividade econômica. Ao longo de sua trajetória conquistou prestígio e confiança entre os consumidores. Conquista essa que exige trabalho árduo, consistência entre o que a empresa anuncia e propõe aos seus clientes.

Ao longo dos seus 54 anos de história, a empresa objeto de estudo, vem atuando nas áreas de Vigilância Patrimonial, Segurança Eletrônica, Rastreamento Veicular, Portaria Remota, Limpeza e Conservação, Serviços especializados, Recursos Humanos e Serviços Temporários. Atua hoje em cerca de 200 municípios catarinenses e tem em seu quadro de funcionários aproximadamente cinco mil empregados registrados. Uma trajetória em ritmo de crescimento que seus gestores esperam ampliá-la ainda mais, sempre preparada, atualizada seguindo as tendências mercadológicas, de gestão, de tecnologias e acompanhando a velocidade exigida do mercado.

Além disso, a empresa atua conforme as normas regulamentadoras do trabalho, Polícia Federal e ISO 9001. Com o objetivo de ampliar a qualidade nos serviços e atendimento prestados aos seus clientes, recebeu a Certificação NBR ISO 9001, sendo auditada pela SGS ICS Certificadora.

A empresa participa de feiras, eventos e licitações, o que possibilita ampliar sua carteira de clientes, sempre em busca de inovações e atualizada com o mercado. Novas tecnologias e serviços, garantindo a satisfação de seus clientes.

Descrição do pregão eletrônico e presencial para averiguação da modalidade mais vantajosa à empresa prestadora de serviços terceirizados

Para obter uma análise comparativa entre as modalidades de pregão foi realizada uma pesquisa sobre pregão eletrônico e pregão presencial, após essa pesquisa, bem o como a realização de entrevista semiestruturada com o gestor da empresa, foi possível identificar qual dos modelos licitatórios traz mais benefícios, quais as vantagens e desvantagens destas modalidades.

Segundo o art.1º da Lei Federal nº10.520/02, o pregão é uma modalidade de licitação que é destinada a aquisição de bens e serviços comuns, que podem ser considerados como aqueles cujos os padrões de qualidade e desempenho possam ser definidos através do edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Os trabalhos do pregão são comandados por um pregoeiro, que tem uma capacitação obrigatória para exercer o exercício de sua função, o qual é escolhido dentre os servidores do órgão ou entidade responsável que promove ou é promotora da licitação.

O modelo pregão presencial traz como vantagem a agilidade, redução tempo e gastos, transparência, o que se torna um benefício na realização do processo, sua agilidade devido o processo ser mais rápido, a redução dos gastos e do tempo se dá pelo participante poder negociar o menor preço entre os participantes no local e no momento em que está sendo realizado o processo. A transparência do pregão presencial torna-se um ponto positivo, porque é possível a presença do representante da empresa dando lance, além de saber qual as empresas que estão ofertando produtos e serviços.

Tem-se acompanhado nos últimos anos um avanço na área de informática, com a introdução de novas tecnologias no mercado, ferramentas que facilitam a vida das pessoas, o que torna os procedimentos mais racionais. Desse modo, a Lei nº 10.520/02, em seu art.2º, § 2º, dispôs a possibilidade de realização do pregão da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

Por esse modelo o pregão é processado através da utilização de meio de comunicação a distância, via internet, o que possibilita o acesso à licitação em qualquer lugar do Brasil e do mundo.

Com o novo modelo de licitação eletrônica, a abertura da licitação, que era anteriormente de forma presencial a exemplo das demais modalidades de licitação, com a presença física dos representantes das empresas participantes em uma sessão pública, passou a ser realizada de forma virtual, em um local específico, assim determinado pelo edital. Uma diferença entre pregão presencial e pregão eletrônico é que neste último todos os licitantes participam da sessão de lances, e não só aqueles os que apresentaram valores até 10% acima do menor preço. Tornando assim o processo mais competitivo.

Outro aspecto do pregão eletrônico é que não há qualquer identificação dos participantes até o encerramento da sessão de lances, nem mesmo por parte dos administradores do sistema e do pregoeiro, tornando o processo mais competitivo, afastando assim eventuais conchavos. Só é possível saber ou conhecer os concorrentes depois de saber qual empresa ganhou o processo licitatório.

Análise do discurso a partir da entrevista semiestruturada com o gestor da empresa e enquadramento da modalidade licitatória mais favorável à empresa objeto de estudo

No tocante a entrevista semiestruturada aplicada ao gestor da empresa, através da análise do discurso, tem-se que o pregão eletrônico gera uma economia para empresa pela diminuição de papéis, simplificação de alguns procedimentos burocráticos, possibilita a participação da empresa em vários pregões ao mesmo tempo, obtendo mais oportunidades e visibilidade na contratação pública, sendo mais rápido, desburocratizando assim o processo licitatório o que se torna uma vantagem.

Por outro lado, o pregão presencial embora implica na presença física do agente público que o conduz e dos representantes dos licitantes que participam da licitação, sendo este realizado no modelo tradicional, isto é, todos os seus atos abertura dos envelopes-propostas, oferecimento de lances e abertura dos envelopes com documentos, realizados em sessão pública, transcorrendo em um ambiente real, devido ao grande volume de documentação impressa, e para ser realizado é preciso a presença física dos participantes, torna o modelo de licitação menos vantajoso.

Para a empresa, objeto de estudo, embora o pregão eletrônico seja menos burocrático e com maior facilidade de participar em outras licitações ao mesmo tempo, o pregão presencial torna-se mais viável, possibilitando a empresa fazer um ajuste de valores no ato licitatório, oferecendo um valor mais baixo que seu concorrente, o que não é possível no pregão eletrônico, onde as propostas são realizadas em envelopes fechados sendo abertas no ato licitatório, saindo vencedor do processo licitatório a empresa que realizou a menor oferta.

No mesmo viés, a observação participante do próprio pesquisador a empresa ao participar do ato licitatório no modelo presencial torna-se mais viável, possibilitando a empresa realizar ajustes dos preços, argumentar gastos com deslocamentos, tempo de respostas em ocorrências, maior agilidade no atendimento, bem como oferecer um melhor serviço. Uma vez que a empresa concorrente pode não estar no estado ou cidade em que ocorre o processo licitatório.

Já no pregão eletrônico a empresa não tem oportunidade de ofertar um lance menor, os envelopes são abertos no ato licitatório e vence a licitação quem ofertou o menor preço.

Embora o pregão eletrônico tenha tornado o processo licitatório mais rápido e menos burocrático, para empresa estudada o pregão presencial se apresenta como mais viável, permitindo maior transparência, a empresa no ato da licitação consegue através do seu representante um ajuste de valores e uma melhor negociação, podendo ser ofertado um lance menor que seu concorrente, garantindo sua vitória no processo licitatório.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desenvolvimento deste artigo foram elaborados o objetivo geral, os objetivos específicos e a pergunta de pesquisa que projetou o estudo.

Através do desenvolvimento da fundamentação teórica foi possível obter o conhecimento sobre licitações e modalidade de pregão eletrônico, bem como presencial, em relação a entre-

vista semiestruturada, foram descritas as características de cada modalidade.

A abrangência da Lei 8.666/95 que regulamenta a licitação, a Lei 10.520/02 que é específica do pregão, o Decreto 3.555/00 que aprova o regulamento para modalidade de licitação pregão, para aquisição de bens e serviços comuns que possibilitou aos autores conhecimento mais aprofundado sobre quais os procedimentos devem ser realizados às licitações, bem como intrinsecamente a empresa a seguir o passo a passo para habilitação e participação em processo licitatório.

Para obter as informações descritas neste trabalho, os pesquisadores utilizaram entrevista semiestruturada. Além disso, foi realizada pesquisa no acervo digital da empresa, disponibilizado no site, haja vista que o objetivo deste trabalho consistiu em analisar a modalidade licitatória mais viável para empresa .

Salienta-se que um aspecto limitador da pesquisa é o fato de se estar num período de transição legislativa, haja vista a publicação da Lei 14.133/2021. Nesse viés, tem-se como a viabilidade doutrinária acerca da nova Lei, reduzida.

Ressalta-se que a pesquisa foi realizada em uma única empresa do setor de prestação de serviços terceirizados. No entanto a abordagem qualitativa não autoriza aos autores as generalizações de resultados, podendo, empresas do mesmo ramo de atividade manifestarem comportamento diverso.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Licitação e Contratos administrativos.3. ed.- Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020.

BITTENCOURT, Sidney. Novo pregão eletrônico. Leme, São Paulo: JH Mizuno, 2020.

BRASIL, LEI Nº 14.133, DE 1º DE ABRIL DE 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Disponível em, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm, acesso em 31 de maio de 2022.

CADASTRAMENTO DE FORNECEDORES: Disponível em, <https://www.governodigital.net/sical/comprasnet>. Acesso em: 29 de março de 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do direito administrativo. São Paulo: Atlas 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo.15. ed.São Paulo: Atlas,2003.

FONSECA, João José Saraiva da. Metodologia da Pesquisa Científica. Ceará: UECE, 2002.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. São Paulo: Atlas,2019.

GOVERNO DIGITAL, Portal de Compras: disponível em <https://www3.comprasnet.gov.br/>, acesso em 03 de abril de 2022.

KAUARK, Fabiana. Metodologia da pesquisa: Guia Prático/ Fernanda Castro Manhães e Carlos Henrique Medeiros. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

LAKATOS, Eva Maria. Marconi, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica/ Marina de Andrade Marconi. São Paulo: Atlas 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros 2014.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pregão: teoria e prática: nova e antiga ideia em licitação pública. 2ª. Ed. Atual. Pela Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. São Paulo: Editora NDJ, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. Direito Administrativo. - 7. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças. Fundamentos da Administração: Conceitos e Práticas Essenciais. São Paulo: Atlas, 2009.

OLIVEIRA, Luiz Gustavo Rocha. Licitação e contratos administrativos para empresas privadas: Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz de. Tratado de Metodologia Científica. São Paulo: Pioneira, 2001.

PAINEL DE PREÇOS: Disponível em, [https:// paineldeprecos.planejamento.gov.br](https://paineldeprecos.planejamento.gov.br), acesso em 29 de março de 2022.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Freitas. Metodologia do trabalho científico/Ernani Cesar de Freitas. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Cortez, 2016.

ZANELLA, Liane Carly Hermes. Metodologia de pesquisa. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2013.



Lei geral de proteção de dados: a responsabilidade civil dos agentes do poder público na fiscalização de infração decorrente da violação dos direitos dos titulares

**General data protection law: the civil
liability of public authorities agents in the
supervision of infringements resulting
from the violation of the rights of the
holders**

Lucas Souza Melo
Simmel Sheldon de Almeida Lopes

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.13

RESUMO

A sanção da Lei nº 13.709/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados trouxe proteção de dados pessoais no que tange o direito fundamental dos indivíduos. Este estudo tem o objetivo apresentar uma análise sobre a importância do direito a privacidade e proteção de dados do indivíduo que muitas vezes no mundo globalizado é colocado a prova o seu consentimento na divulgação de dados pessoais que muitas vezes está ligado a seu direito de esquecimento violado. A LGPD permite prevenir riscos e repararem danos causados nos dados pessoais do indivíduo. Com isso, os agentes de tratamento de dados devem preservar o direito à privacidade.

Palavras-chave: lei geral de proteção de dados; banco de dados; privacidade; direito de esquecimento. LGPD.

ABSTRACT

The sanction of Law nº 13.709/2018 – General Data Protection Law brought protection of personal data regarding the fundamental right of individuals. This article aims to present an analysis of the importance of the right to privacy and data protection of the individual who, in a globalized world, is often put to the test for his consent to the disclosure of personal data, which is often linked to his violated right of forgetfulness. The LGPD allows preventing risks and repairing damage caused to the individual's personal data. With this, data processing agents must preserve the right to privacy.

Keywords: general data protection law. database. privacy. right of oblivion. LGPD.

INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico no mundo globalizado, os dados pessoais do indivíduo permite a identificação através de RG, CPF, dentre outros meios de acesso através de internet.

Desta forma, o tratamento de dados pessoais do indivíduo ganha cada vez mais competitividade por parte das empresas que buscam informações de seus fornecedores, colaboradores e clientes.

Com esta corrida sem limitação de informações muitas vezes sem o consentimento e sem levar em conta o direito de esquecimento do indivíduo.

Destarte que a coleta de dados do titular do direito ocorre a todo instante, devido ao crescente desenvolvimento econômico-social, obrigando as empresas a proteção de seu patrimônio investido, levando a uma corrida desproporcional em busca de informações dos dados pessoais do indivíduo, quer seja cliente, fornecedor ou colaborador.

Todavia, o vazamento de dados pessoais do indivíduo resultou na criação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), em 14/08/2018 com o objetivo de responsabilizar os Agentes do Poder Público, do uso indevido dos dados pessoais do titular sem o seu consentimento e sem lhe permitir o direito de esquecimento.

Com a criação da LGPD, esta lei estabelece quais os dados pessoais, e quais os dados pessoais sensíveis, e os que se referem as crianças e adolescentes e também, como as empresas e órgãos públicos tratam a segurança e a privacidade dos dados pessoais do titular na era digital empresas a abusarem dos dados pessoais do titular sem levar em conta a privacidade do indivíduo, bem como, estas informações pode ser usadas para outro tipo de finalidade não respeitando o direito ao esquecimento do titular.

O presente estudo tem o objetivo demonstrar que a base de dados do indivíduo deve ser protegido e garantir uma segurança no tratamento de dados do titular.

Por isso, este artigo demonstra desde a proteção e os limites gerais da privacidade de dados do indivíduo, a privacidade digital no mundo globalizado, o limite do livre arbítrio, a liberdade de expressão.

Como o direito à privacidade do indivíduo deve ser protegido contra a corrida desproporcional das empresas em relação a seus concorrentes. Desta forma, este artigo especifica sobre a criação da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), o limite legal da privacidade, da livre expressão, da responsabilidade do agente público.

A CRIAÇÃO DA LEI Nº 13.709/18 (LGPD) E A PROTEÇÃO DE DADOS

Com a criação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (Lei nº 13.709/2018), que entrou em vigor no dia 18 de setembro de 2020, e à exceção das sanções administrativas a partir de 01 de agosto de 2021, nos termos da Lei nº 14.010/2020. O uso indevido dos dados pessoais do titular passou a ser passível de responsabilidade civil dos Agentes do Poder Público.

As pesquisas desenvolvidas no método de abordagem dedutivo, bibliografias e estudos do tema, evidencia o que a doutrina e o âmbito jurídico falam em relação a proteção do titular no ambiente online.

De acordo com o direito à privacidade, o indivíduo tem direito a sua intimidade, não permitindo que seus dados pessoais sejam divulgados sem seu consentimento.

Portanto, cabe a constituição federal garantir a proteção ao direito à intimidade, à honra, e à vida privada do titular, contra possível violação destes direitos.

Contudo, a inviolabilidade da vida privada, consta no art. XII, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tem o objetivo proteger o titular dos dados pessoais contra a interferência do Estado. Com isso, a divulgação inadequada dos dados pessoais do titular acarreta preocupação em relação ao seu direito à privacidade e a proteção dos dados pessoais.

A Lei nº 13.709/2018 (LGPD), surgiu para garantir a proteção e segurança de informações do titular visando alcançar qualquer empresa e redes sociais que coleta e armazena dados pessoais do titular.

Na LGPD o sistema de proteção é semelhante aos mencionado no Código de Defesa do Consumidor, pois, ambos dependem do consentimento do titular de seu uso de dados.

Desta forma, sendo considerado como delimitação desta lei objetivando garantir a segurança do direito à privacidade e livre desenvolvimento no tratamento dos dados pessoais aplica-

dos na LGPD, viabilizando a fiscalização da autoridade nacional de proteção de dados (ANPD), para garantia constitucional do titular.

A ANPD, é o órgão regulador responsável pela aplicação das regras de proteção de dados no Brasil, podendo adotar medidas cabíveis em caso de infração a LGPD, podendo solicitar relatórios de impacto e boas práticas ao tratamento de dados pessoais do titular pelos Agentes do Poder Público.

Além disso, a ANPD é responsável pela elaboração de diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, bem como, delibera sobre a interpretação da LGPD, os casos omissos e as competências, na esfera administrativa.

Entretanto, com o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD), prevista na LGPD, tem o objetivo a prestação de serviço público relevante, não remunerada, podendo se reunir três vezes ao ano quando convocado por seu Presidente em caráter extraordinário.

Todo este mecanismo aplicado possibilita a adequação a LGPD.

Este estudo visa debater a LGPD no que concerne a globalização e os limites na era digital, em relação a privacidade, liberdade de expressão, o uso de veículos disponibilizado na internet em relação aos limites legais dos dados pessoais usados indevidamente.

Como medida preventiva em relação ao Código de Defesa do Consumidor, os serviços de espaço digital em relação a contratos eletrônicos e digitais, levou a criação da Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD), é o órgão regulador responsável pela aplicação das regras de proteção de dados no Brasil, como também, o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade (CNPD) que é um órgão consultivo da ANPD, composto por membros da sociedade e do poder público, prevista na LGPD.

Estes mecanismos servem para aplicarem regras de proteção contra condutas reprováveis que causam abusos aos titulares do direito, que tem reconhecidos em nosso ordenamento jurídico presentes na jurisprudência como reprováveis.

Desta forma, não pode haver violação ao direito em relação ao uso inadequado dos dados do titular. (art. 5º, X da Constituição Federal/1988).

A LGPD não se aplica aos casos que não tem finalidade e quando se refere a pessoa natural, pois, só se aplica nos casos de fornecimento de bens ou serviços.

LIMITES GERAIS DA PRIVACIDADE EM RELAÇÃO A PROTEÇÃO DE DADOS

Bancos de dados

Dados pessoais são todas as informações relevantes em relação a uma informação identificável de uma pessoa.

Banco de dados, por sua vez, é o conjunto de informações estabelecidas em um lugar ou mais.

São utilizados por diferentes tipos de empresas no controle e gerenciamento dos dados manipulados diariamente em sua organização, garantindo com isso, a segurança destas informações nos seus negócios.

A Lei nº 13.709/2018 se refere a tratamento de dados pessoais, bem como, os meios digitais, tanto de pessoa natural ou jurídica de direito público ou privado. Com isso, o objetivo é proteger os direitos fundamentais de privacidade e liberdade, como também do livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A Lei nº 13.709/2018 (LGPD), possui similaridade ao Código de Defesa do Consumidor, no caso das partes envolvidas que seriam o titular dos dados e o agente de tratamento. Com isso, protege o titular de dados quando ocorrer dano, no que diz respeito a segurança de informação, e o número de pessoas afetadas.

Com isso, o sistema de gerenciamento de Banco de Dados é o mecanismo que oferece a garantia do uso apropriado de informações pessoais armazenadas.

Desta forma, todas as informações são armazenadas em seus dados para direta ou indiretamente possa identificar uma pessoa, quer através de nome, RG, CPF, data de nascimento, endereço de IP, ou outro tipo de identificação qualquer.

Existem 3 (três) tipos diferentes de dados na LGPD, que são os dados pessoais sensíveis, os dados pessoais anonimizados, e os dados pessoais. Com isso, apenas dos três dados, o tratamento dos dados pessoais sensíveis ou não, devem na LGPD se adequar.

Portanto, os dados anonimizados não são identificáveis devido se tratar de informações que passaram por um processo de anonimização.

Ao contrário dos dados pessoais sensíveis que tratam de informações de caráter mais íntimo das pessoas.

O responsável de TI decide como usar e proteger os dados que servirão para a empresa, por isso, precisa executar de maneira clara os procedimentos e saber detectar mecanismos em caso de vazamento de dados. Providenciando neste caso que o problema seja resolvido para passar segurança das informações no banco de dados.

Desta maneira, a LGPD, se referem as informações e não somente os dados pessoais de pessoas físicas e jurídicas.

Com o advento da LGPD, a obtenção e propagação do banco de dados deverá ser muito bem informado, resultando com isso, garantia de privacidade e segurança nos dados armazenados do titular, conforme especificado na Lei Nº 13.709/2018 (LGPD). Para isso, o consentimento do titular dos dados pessoais acerca de sua utilização, é necessário antes de sua contratação é necessário que o cliente esteja ciente que seus dados serão utilizados pelo fornecedor interessado.

O controlador é quem define as regras de tratamento de dados pessoais do indivíduo. Tendo como operador o que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Desta forma, os controles de segurança deste sistema foram criados para controlar quem podem acessar os dados específicos e quem podem ser acessados.

Os dados pessoais do titular, é personalíssimo, previsto no art. 5º, incisos IV, V e IX da CF/88, que dispõem do direito de liberdade de manifestação do pensamento, e servem para identificar direta ou indireta uma pessoa, tais como: nome; data de nascimento; CPF; RG; e-mail; ou endereço de IP. (art. 5º, IV, V e IX, CF/1988).

Assim, estes requisitos no tratamento de dados pessoais são de responsabilidade dos sujeitos envolvidos desde o tratamento até os culpados por eventuais danos causados à terceiros.

Os dados sensíveis devem ser submetidos ao consentimento do titular, sendo necessário indicar a sua finalidade.

No art. 7º da LGPD, qualquer coleta, disponibilização e tratamento de dados pessoais somente será possível com o prévio consentimento do titular, salvo os casos excepcionais previstos neste artigo.

Conseqüentemente, quando o tratamento de dados perde a sua finalidade, fica automaticamente revogado o consentimento dado pelo titular tanto em relação ao setor privado quanto o setor público. Portanto, a divulgação do banco de dados da coleta de dos seus dados pessoais do titular está relacionado ao seu consentimento e a transparência do poder público.

Desta forma, classificado de forma clara por Pinheiro (2020):

São dados que estejam relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais, tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente a saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural.

A privacidade na era digital

A globalização trouxe trocas de tecnologias entre os países, resultando no desenvolvimento tecnológico da economia e aumento de capital financeiro e produtivo, causando ofensa a vida privada e da vida pública do indivíduo.

Com o avanço das tecnologias, a vida privada do titular sofreu grandes mudanças em relação a sua intimidade.

O direito à privacidade tem se mostrado violado com a crescente evolução das atividades cibernéticas. Cada vez mais se busca obter informação como negócio lucrativo para empresas e como meio de controle do poder pelo Estado.

Este direito à privacidade, só permite a atualização conforme a necessidade, por isso, para haver alguma alteração, é necessário que esta alteração sejam válidas, eficazes e vinculantes, logo, qualquer mudança ou desvios das diretrizes da proteção de dados, o indivíduo deve denunciara para que medidas como sanções administrativas sejam tomadas para coibir tal conduta arbitrária.

Com o crescente avanço da era digital, as divergências práticas em relação a Constituição Federal/1988, no que se refere ao direito a privacidade das pessoas físicas e jurídicas, tornaram o maior desafio na sociedade digital para atenuar os riscos relacionados ao tratamento de dados obtidos indevidamente.

Entretanto, a LGPD trouxe a política da segurança e transparência, nos dados a serem coletados. A explosão de informações no avanço tecnológico vem trazendo muitos benefícios, como também, trouxe a divulgação de dados indevidos, violando o direito à privacidade do titular.

A LGPD veio proteger os dados do titular que sem o devido consentimento, são propagados sem a autorização devida.

Conseqüentemente, é necessário a declaração de privacidade de dados pessoais do indivíduo. Tendo com isso, o Operador obrigado a respeitar a LGPD e as regras contratual do Controlador para garantir que os dados não afrontem o direito de esquecimento do indivíduo.

Desta forma, com este avanço da internet, o risco da exposição dos dados pessoais coletados veio a criação da LGPD para preservar os direitos dos indivíduos, e responsabilizar os entes causadores do dano. A divulgação dos dados pessoais cada vez mais pode ser acessado nas redes sociais. Com isso, a internet através de seu site de busca que permite a localização geográfica que mostra cada perfil do consumidor, por isso, a LGPD serve para proteger o direito fundamental de proteção de dados em relação ao controle da privacidade do titular dos dados.

A privacidade de dados na identificação e segurança da informação do titular está submetido a proteção de dados pessoais, não está mais somente ligado a diferença da vida privada em relação a pública.

Com isso, a LGPD tem a função de proteger as informações bancárias garantindo o sigilo e confidencialidade do armazenamento e processamento dos dados dos clientes pelas instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil.

Os dados pessoais coletados devem está de acordo com a lei e propósitos legítimos e específicos em relação ao indivíduo. Logo, o Titular sempre terá livre acesso aos dados pessoais colhidos a seu respeito para garantir a transparência no tratamento de seus dados, assegurando a segurança e prevenção de seus dados pessoais.

Desta maneira, de acordo com a Lei nº 13.709/2018, o Titular terá direito de acesso, anonimização, bloqueio, correção ou eliminação de dados desnecessários de informações que não tem seu consentimento.

Destarte, que a segurança dos seus dados pessoais deve está em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais, bem como, em relação a Política de Proteção de Dados e Política de Segurança da Informação, em relação a privacidade dos Titulares.

Por isso, o arts. 52 da Lei nº 13.709/2018 faz referência as sanções administrativas a serem aplicadas pela autoridade nacional em caso de descumprimento da LGPD, dentre elas, advertência; multa, bloqueio dos dados pessoais em relação a infração até a sua regularização, dentre outras.

Sendo assim, a privacidade e segurança de dados estão interligados, pois, depende do consentimento do titular para que seus dados não sejam utilizados de maneira desproporcional.

Da mesma forma, não é permitido o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

Portanto, cabe no âmbito do direito constitucional, oferecer ferramentas de controle e

estabelecer limites, no setor privado ou público para proteger o indivíduo das indevidas interferências do Estado, que afronte o princípio da privacidade.

Desta forma, no âmbito do direito constitucional brasileiro, podem ser aplicados diversos princípios, tais como o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, e o princípio da proporcionalidade que podem ser usados no controle do efetivo princípio da privacidade, contra práticas indevidas do Estado.

Com este desenvolvimento veio o dever do Estado no mundo ciberespaço de intervir na criação de dispositivos aplicáveis ao direito digital sem ofensa ao direito internacional dos Estados, não afrontando a proteção ao ser humano em caráter universal.

Em relação aos arts. 154-A, do Código Penal, no que diz respeito a invasão ao dispositivo de informação alheio que passa a ser crime, por isso, cada vez mais a jurisprudência está focada no mau uso da comunicação global no uso indevido dos dados pessoal do titular.

Destarte que o surgimento da LGPD, foi pelo aumento de crimes cibernéticos que teve o objetivo reprimir os crimes de invasão de dispositivos eletrônicos.

Desta forma, quem invadir este dispositivo mesmo sem violar os mecanismos de segurança sem o consentimento do titular dos dados, será considerado crime.

Portanto, a subtração de dados pessoais relacionado a invasão de dispositivos eletrônicos resulta punição e acarreta crimes no tocante a lesões patrimoniais do titular conforme o direito penal. (arts. 154-A do Código Penal)

Limites legais do livre arbítrio, liberdade de expressão e privacidade

A liberdade de expressão é o que delimita como lícito ou ilícito em relação a personalidade de cada indivíduo, enquanto o livre arbítrio é somente a faculdade dentro do limite permitido.

O direito de acesso à informação alcançou reconhecimento global como direito fundamental, em face de sua importância no desenvolvimento de qualquer sociedade moderna. Com isso, nas pesquisas os controladores não podem eliminar do sistema de busca, determinado termo ou expressão, por conta do conteúdo já existir na internet.

Entretanto, o direito de acesso à informação garante a harmonia com o direito à privacidade do titular devido a fragilidade na era digital.

O direito ao esquecimento requer um critério específico, para não ferir a liberdade de expressão e o acesso à informação. É o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato ocorrido seja exposto sem o seu consentimento, causando transtornos ou sofrimentos.

Desta forma, com o surgimento da internet, os dados pessoais, do titular fica armazenado em diversos servidores.

Entretanto, o direito à privacidade não é absoluto, por isso, o direito de liberdade de expressão do titular dos dados pessoais, deve ser analisado em concordância com o da privacidade, para garantir que o mundo virtual não caracterize a censura.

O arts. 8º da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), estabelece direitos no sentido da proteção de dados pessoais.

A privacidade é direito personalíssimo, conforme arts. 5º, X, da Constituição Federal/1988.

Trata-se de direito fundamental, necessário para a vida em coletividade por ser personalíssimo, e devido o avanço tecnológico, o uso das redes sociais, o titular dos dados pessoais se ver protegido pela LGPD.

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que não é compatível com a Constituição Federal/1988 a ideia de um direito ao esquecimento, em relação aos excessos ou abusos no exercício de liberdade de expressão e de informação.

Portanto, no caso de portabilidade de dados pessoais, os fornecedores de serviços e produtos, precisam do consentimento do titular.

Contudo, em relação aos falecidos, o arts. 5º, I, da Lei nº 13.709/2018 (LGPD), diz não ser aplicada ao tratamento de dados pessoais de falecidos, pois, dado pessoal está relacionado a pessoa natural, e o arts. 6º do Código Civil/2002, diz que a existência da pessoa natural termina com a morte.

No arts. 5º, IX da Constituição Federal/1988, a legislação brasileira, especificam como deve ser exercida a liberdade de expressão, nos termos da lei.

Portanto, a privacidade analisa se o ponto de uso de informações pessoais que o sistema detém sobre um usuário, combina com as condições implícitas ou explícitas em relação a esse uso dos dados pessoais, não sejam armazenadas indevidamente em relação as informações pessoais do titular.

Os Agentes do Poder Público têm a responsabilidade de fiscalizar o cumprimento da LGPD, cabendo a ANPD solicitar relatórios de impacto e boas práticas ao tratamento de dados pessoais para a satisfação da prestação que lhe é devida.

Qualquer operação que utiliza informações pessoais compreende coleta, classificação, transmissão, armazenamento no tratamento de dados, possibilitando orientações previstas na LGPD e adequando a seus processos para efeitos legais.

A empresa ou pessoa responsável pelo tratamento de dados tem a função de manter registrado todos os dados coletados que é de responsabilidade do operador.

A técnica de anonimização de dados é procedimento recomendado pela LGPD com o objetivo de assegurar e proteger os dados pessoais do titular que, de acordo com o arts. 7º da LGPD, o consentimento do titular deve ser evidente na apresentação de forma objetiva sua autorização.

O livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural no aspecto subjetivo está relacionado à capacidade das pessoas titulares de direitos e obrigações. No aspecto objetivo, a personalidade é um conjunto de características e atributos da pessoa humana, de acordo com o ordenamento jurídico, é o direito de personalidade.

Responsabilidade civil

A responsabilidade civil no direito contemporâneo tem o sentido de eliminar o denominado “custo social da não-reparação” de danos injustos, que constitui um fenômeno erosivo da se-

gurança jurídica e fonte de injustiça em relação as diversas teorias jurídicas aplicadas ao direito privado, como a análise econômica do direito e constitucionalização do direito civil não toleram. (SCHREIBER, 2009, p. 220-221).

O Código Civil considera a responsabilidade civil extracontratual como sendo ato ilícito (art. 186 do CC/2002); e de abuso de direito (art. 187 do CC/2002).

Nos artigos 186 e 927, caput do Código Civil/2002, especifica a responsabilidade civil subjetiva, por isso, para que ocorra indenização conforme a LGPD, não pode faltar a existência de conduta culposa. Para que ocorra é preciso demonstrar a voluntariedade do ato ou omissão, para que configure o dever de indenizar.

Com isso, o Poder Público pode ser responsabilizado pelo mau uso dos dados pessoais sem o consentimento do titular.

Da mesma forma, o titular que usa com finalidade econômica seus dados pessoais, também podem responder civilmente e sofrer sanções administrativas, se não se adequar a LGPD.

A LGPD, foi criado para passar segurança jurídica para todo o país, por isso, como regra geral no tratamento de dados pessoais, está o consentimento do titular, salvo os casos de cumprimento dos critérios legais.

A responsabilidade civil na LGPD que não pode servir de fundamento à adoção da teoria da culpa que dificulte o acesso da vítima à justiça e a afasta da reparação do dano, por pertencer ao direito humano fundamental de personalidade, os dados pessoais do titular.

No artigo 927, parágrafo único do Código Civil/2002, admite, em alguns casos, a dispensa da comprovação do dolo ou culpa do agente ofensor, para caracterizar sua responsabilidade objetiva.

Nos artigos 932 e 933 do Código Civil/2002, cita a modalidade em que o indivíduo pratica uma conduta lesiva, entretanto é uma outra pessoa quem tem o dever de indenizar. (CC/2002)

No art. 8º da LGPD, o controlador deve separar as cláusulas de consentimento dos termos de uso com acesso mais fácil, por isso, o mesmo passou a ter normas que trata especificamente dos incidentes de segurança, conforme art. 8º da LGPD/2018.

O nexo de causalidade do dano está diretamente ligado com a violação às normas da LGPD. Com isso, caso não ocorra não será possível a aplicação do artigo 42 da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), pois, a conduta do agente de tratamento não configurará ato ilícito. Desta forma, o artigo citado imputa a obrigação de indenizar ao controlador ou operador que descumpra a LGPD, causando dano patrimonial ou extrapatrimonial ao tratamento de dados dos titulares.

Portanto, de forma implícita, reconhece que a atividade de tratamento de dados pessoais envolve risco potenciais, explicitamente admitidos.

Sendo o Código Civil fonte de princípios e regras de direito privado. (LEMINSKI, 2013, p. 153-4)

Já denominada prova diabólica diante das dificuldades que trazia, no século XIX, às vítimas de danos derivados do maquinismo industrial, a prova da culpa veio gradativamente perdendo relevância em todos os ordenamentos de civil law. Assistiu-se, embora não necessariamente em uma evolução linear, (i) à multiplicação das presunções de culpa; (ii) ao avanço da responsabilidade fundada no risco; e (iii) à alteração da própria noção de culpa e do modo de sua aferição. (LEMINSKI, 2013, p. 153-4)

O art. 12 e 14 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei 8.078/90) encontram semelhanças no art. 43, caput, bem como seus incisos I e III da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Desta forma aduzem Terra, Guedes e Tepedino, Grupo GEN, 2020:

A analogia com o Código de Defesa do Consumidor é, portanto, compreensível e tentadora, tanto mais se se considerar a assimetria informacional entre os titulares dos dados e os agentes de tratamento. Comparando-se os dois dispositivos (art. 43 da LGPD e art. 12 do Código de Defesa do Consumidor), a diferença fundamental está no inciso II, cuja análise será feita mais à frente, sendo imprescindível para demonstrar a diversidade de regimes. A favor da responsabilidade objetiva, argumenta-se, ainda, que o escopo da LGPD foi limitar o tratamento dos dados para diminuir o risco de vazamentos, considerando que o próprio tratamento de dados, em si, apresenta risco intrínseco aos seus titulares.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) (Lei 8.078/90) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), têm a finalidade garantir direitos aos consumidores, por isso, existe uma assimetria entre o controlador, operador e titular de dados pessoais.

Responsabilidade civil

A LGPD não faria sentido ter criado um sistema de proteção de dados pessoais se, na concretização deste sistema, ele fosse débil ou factualmente inútil, propiciando uma situação de perpetuação do estado de lesão a um direito de personalidade (BARRETO JÚNIOR; WANDERLEY; LEITE, 2018, p. 523)

O artigo 44 da LGPD, para Tasso (2020), o tratamento não será irregular se observar as normas da LGPD e proporcionar segurança dos dados.

No artigo 6º da Lei 13.709/2018 (LGPD), se refere a boa-fé e os princípios que regem as atividades de tratamento de dados. Os dados do consumidor também podem ser captados por outros meios legais, desde que observados os princípios da finalidade, necessidade e adequação.

No artigo 6º da Lei 13.709/2018 (LGPD), se refere a boa-fé e os princípios que regem as atividades de tratamento de dados. Os dados do consumidor também podem ser captados por outros meios legais, desde que observados os princípios da finalidade, necessidade e adequação.

Portanto, o titular de dados tem o direito de receber informações as quais os seus dados estão sendo compartilhados. (LGPD)

Princípio da adequação é o nexo de pertinência lógica de conformidade que se estabelece entre o tratamento, a finalidade objetivada e a comunicação transmitida ao titular, conforme art. 6º, inciso II, LGPD/2018.

Princípio da necessidade se refere apenas os dados indispensáveis a ser coletado, independente da finalidade, conforme art. 6º, inciso III, LGPD/2018.

Princípio da segurança são as medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão. Evitando que sejam os dados violados ou sofram com outras intervenções de má-fé, conforme art. 6º, inciso VII, LGPD/2018.

Portanto, é necessário que os agentes de tratamento procurem proteger os dados pessoais, prestando informações de maneira clara e precisa ao titular dos dados pessoais.

A proteção dos dados e os direitos da personalidade

No âmbito do Direito Civil, a personalidade jurídica, configura a pessoa como sujeito com direitos e deveres tanto na doutrina como no âmbito jurídico.

Na proteção de dados pessoais, como direito da personalidade, é necessário estabelecer uma diretriz entre o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados. Estes dados pessoais são elementos de cada indivíduo, capaz de identificar os seres sociais, pela importância da proteção de dados pessoais ser considerado um direito da personalidade.

Contudo, os direitos essenciais à dignidade e integridade da pessoa humana, está diretamente ligado aos direitos da personalidade, que protege, a honra, vida privacidade intimidade e liberdade, que independe da capacidade civil da pessoa.

Portanto, tudo que está relacionado a imagem, seu nome, e aspectos de sua identidade está relacionado aos direitos da personalidade deste indivíduo.

No que se refere a solução de conflito relacionado entre os direitos de personalidade e direitos fundamentais da liberdade de expressão, deve ser considerado o caso concreto, em relação ao fato de não haver hierarquia entre as normas constitucionais.

Com tudo isso, deve o intérprete encontrar as normas que devem ser aplicada no caso concreto para a solução de conflitos entre elas. E depois examinar caso a caso tais particularidades do indivíduo. Para depois de analisados os procedimentos anteriores analisar as normas e particularidades a serem aplicadas ao caso concreto.

Desta forma, a proteção de dados pessoais é uma categoria autônoma de direito da personalidade, sendo imprescindível para a LGPD, para que o titular dos dados pessoais tenha todos os dados tratados e informados com clareza.

A LGPD vai estabelecer uma relação de confiança entre as pessoas envolvidas no tratamento de dados.

Assim, a LGPD se preocupa e regulamenta a proteção dos dados pessoais do titular. Com isso, o responsável pelo tratamento de dados, quanto o processador, precisam estar adequados para investir em cibersegurança e implementar sistemas de controle para prevenir violações de dados pessoais.

O princípio da responsabilização no tratamento de dados, têm o ônus de responderem por seus atos, na medida de suas ações ou omissões, obrigando a cumprir os requisitos legais das medidas adotadas, e conseqüentemente em caso de descumprimento haverá responsabilização e dano ao titular.

No direito de personalidade, se aplica no gozo de direitos e deveres sociais simultâneos, principalmente no que se refere à proteção de dados pessoais voltado a LGPD.

A LGPD protege as informações e dados disponíveis em relação aos bancos de dados operados pela Administração Pública, tais como, o direito da personalidade.

No que tange o direito ao esquecimento está relacionado à proteção dos direitos de personalidade, podendo alcançar qualquer aspecto da vida da pessoa que não quer que seja lembrado.

A liberdade de expressão está limitada no direito ao esquecimento do indivíduo que deseja que algum fato ocorrido não seja divulgado, garantindo que determinadas informações que lhe cabe que não são de interesse público, sejam divulgados sem o seu consentimento.

Portanto o conflito entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidades devem serem ponderados para evitar colisão entre normas jurídicas de mesma hierarquia.

Desta maneira, está relacionado a liberdade de expressão devido o interesse público que deseja sua divulgação, e o indivíduo afetado não deseja a sua divulgação, o que pode gerar indenização por danos morais a quem deseja divulgar sem a sua permissão.

A ANPD E A OBRIGAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS, NA LGPD

O presente estudo faz necessário para a importância do direito à privacidade e livre desenvolvimento no tratamento dos dados pessoais, assim como, as consequências negativas que o uso indevido destes dados pode acarretar em relação a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) que exerce funções básicas normativa, educativa, sancionatória e fiscalizadora.

A ANPD é a entidade que regula e fiscaliza o cumprimento da lei, inclusive a Medida Provisória nº 869/18 considerou-a como autoridade pública integrante da Presidência da República.

Destarte que esta MP regulou os atributos da ANPD no que se referem a monitorar e fiscalizar o cumprimento da LGPD; realizar pesquisas em relação a proteção de dados no exterior; aplicar sanções quanto a descumprimento da LGPD; bem como, editar normas de proteção de dados.

O objetivo principal da LGPD é garantir a privacidade, liberdade e a livre expressão do titular dos dados pessoais.

A obediência às orientações pelo controlador é o operador que realiza o tratamento de dados pessoais.

O controlador é o responsável por levar decisões referente ao tratamento de dados pessoais do titular.

Contempla o cerne do estudo a ser desenvolvido e investigar as hipóteses de transferência de dados pessoais conferidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

Identificar qual a legislação aplicável e o órgão judicial competente para julgar casos de responsabilidade civil decorrentes da violação dos direitos dos titulares de dados pessoais, bem como, as percepções doutrinárias e jurisprudenciais acerca da reserva do possível.

Reconhecer a obrigação do Agente do Poder Público na proteção do tratamento de dados para atender a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A Lei de Proteção de dados, estabelece uma estrutura similar ao Código de Defesa do Consumidor, pois protege o titular de dados quando ocorrer dano.

Com isso, no que diz respeito a segurança de informação, o número de pessoas afetadas, se pareciam muito com a relação consumerista pelas partes envolvidas que seria o titular dos dados e o agente de tratamento.

Os dados pessoais do titular são aqueles que identificam direta ou indireta uma pessoa, tais como: nome; data de nascimento; CPF; RG, e-mail; ou endereço de IP.

Assim, o tratamento de dados do titular é direito personalíssimo, previsto na Constituição Federal/1988, como direito fundamental.

Portanto, os requisitos para o tratamento de dados pessoais para a colheita dos dados, abrangem análise de quais são as responsabilidades dos sujeitos envolvidos durante o tratamento e até que ponto são culpados por eventuais danos causados à terceiros.

Os dados sensíveis devem ser submetidos ao consentimento do titular, sendo necessário indicar a sua finalidade.

O artigo 5º, IX da LGPD, diz que o agente de tratamento é o controlador e operador. O controlador é o responsável direto que informa quais dados serão captados, tratados e desenvolvidos, por isso, possui mais responsabilidade. Enquanto o operador é o que realiza a operação a mando do controlador.

O art. 7º da LGPD, prevê os requisitos para o tratamento de dados pessoais. Com isso, o consentimento do titular é essencial na LGPD, contudo não são todos os casos em que o controlador precisa do consentimento para tratar as informações. Tais como: cumprimento de obrigações legais; realização de pesquisas; proteção da vida do titular; execução de contratos; tutela de saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias.

O operador dos dados tem que atender as ordens do controlador em relação a proteção de dados dos titulares, em que havendo descumprimento das medidas de segurança da LGPD, estará cometendo ato ilícito, e conseqüentemente sofrerá responsabilidade civil dos seus atos.

Todavia, o tratamento de dados pessoais do titular tem o objetivo evitar a violação dos seus direitos que estão amparados pelos princípios da boa-fé, transparência, segurança jurídica, finalidade, adequação, dentre outros.

Por isso, o artigo tem o objetivo reconhecer o Agente do Poder Público para investigar as hipóteses de transferência de dados pessoais conferidas pela Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD).

A LGPD trouxe garantia dos direitos da personalidade buscando proteger os dados pes-

soais do indivíduo, trazendo segurança na legislação brasileira permitindo avanços tecnológicos no que tange a evolução das telecomunicações, informática, e crescimento da internet, desenvolvendo o crescimento da economia.

Desta forma, a LGPD, permitiu prevenir eventuais riscos e a repararem danos existentes desafiador de benefícios decorrentes de tratamento de dados do indivíduo no cenário da globalização.

Com isso, a LGPD, busca atingir um equilíbrio com a evolução tecnológica e o uso descontrolado de informações pessoais, sem o consentimento do titular, gerando afronta ao direito do esquecimento e conseqüentemente a sua privacidade.

Identificar o órgão judicial competente, as doutrinas e jurisprudências, para julgar os casos de responsabilidade civil decorrentes da violação dos direitos dos titulares de dados pessoais.

Este estudo tem o objetivo demonstrar e comprovar que a LGPD trouxe benefícios de forma clara e objetiva, garantindo a proteção e controle dos dados do titular, verificados através de sites especializados, publicações com artigos, livros, levantamento bibliográfico de obras acerca do tema e diferentes teorias de métodos para entender a proteção de dados do titular.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo mostra que o mundo globalizado fez crescer o avanço digital, tendo a necessidade da LGPD na proteção e segurança de dados pessoais do titular do direito.

A LGPD proporcionou responsabilizar os agentes públicos quanto ao processamento de dados pessoais do indivíduo, buscando proteger estes dados da corrida desproporcional dos agentes de mercado que para conseguir vantagens em relação a seu concorrente tira o direito à privacidade, e o livre consentimento do indivíduo, afrontando os direitos fundamentais das pessoas envolvidas.

Desta forma a LGPD regula o tratamento de dados dos brasileiros tanto no Brasil como no exterior, estabelecendo como os agentes de tratamento de dados devem proceder para preservar o direito à privacidade, ao consentimento e o direito ao esquecimento das pessoas envolvidas.

A compreensão legítima da proteção de dados do titular, é imprescindível no interesse do indivíduo, para que o agente de tratamento não viole os princípios e direitos do titular.

Como a ANPD é a entidade que regula e fiscaliza o cumprimento da lei, deve proceder na garantia à privacidade, liberdade e a livre expressão do titular dos dados pessoais.

No direito da personalidade, como a proteção de dados pessoais, como é estabelecido a diretriz entre o direito à privacidade e o direito à proteção dos dados, capaz de identificar os seres sociais, pela importância dá proteção de dados pessoais do titular.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Vítor Eduardo Lacerda; FIGUEREDO, Douglas Dias Vieira de. Análise jurídica dos incidentes de segurança e a responsabilidade civil no Brasil. In: GROSSI, Bernardo Menicucci (org). Lei Geral de Proteção de Dados: uma análise preliminar da Lei 13.709/2018 e da experiência de sua implantação no contexto empresarial. Porto Alegre: Fi, 2020. Cap. 15, p. 337-358.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira. Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, n. 2, Santa Maria, ago. 2018. p. 506-531. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622>. Acesso: 27 jun 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. LGPD: um novo regime de responsabilidade civil dito “proativo”. Editorial à *Civilistica.com*. Rio de Janeiro: a.8, n. 3, 2019.p. 1-6. BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidente da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção de dados pessoais na jurisprudência do STJ. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVIA, Milena Donato. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 85-98. ISBN 978-85-5321-663-5.

PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD). 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VIEIRA, Victor Rodrigues Nascimento. Lei Geral de Proteção de Dados: Uma análise da tutela dos dados pessoais em casos de transferência internacional. 2019. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019.

LEMINSKI, Paulo. Novas tendências da responsabilidade civil brasileira. In: SCHREIBER, Anderson (Coord). Direito Civil e Constituição. São Paulo: Atlas, 2013. p. 149-172.

TASSO, Fernando Antonio. A responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados e sua interface com o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 53, n. 1, p. 97-115, jan/mar. 2020. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicações/CadernosJurídicos/ii_interface_entre_a_lgpd.pdf?d637250344175953621.

TERRA, Aline de Miranda; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TEPEDINO, Gustavo. Fundamentos do Direito Civil – Responsabilidade Civil – Vol. 4. São Paulo: Grupo GEN, 2020. Ebook. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989941/>. Acesso em: 01 jun. 2021.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Ópice. LGPD comentada. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. 2ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2020. <https://www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-lgpd/a-lgpd/fundamentos-e-principios>.



O perfilamento racial nas buscas pessoais: a reprodução do racismo estrutural nas revistas pessoais e o papel combativo do judiciário na superação de tais ilegalidades

Lucas Parente Nobre
Marcos Vinícius Rainha Costa da Silva

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.14

RESUMO

O instituto da busca pessoal é tema que está em evidência no cenário sociojurídico brasileiro, tendo em vista a ausência de definição objetiva acerca do que consiste a fundada suspeita, requisito essencial para a adoção da referida busca pessoal ou mais popularmente conhecida como 'dura' ou 'baculejo'. Com efeito, devido a ampla subjetividade do termo designado por fundada suspeita, há uma preocupante tendência em utilizar-se o predito instituto com base em elementos meramente subjetivos, calcados no perfilamento racial, à míngua de uma efetiva demonstração de que o indivíduo revistado portava ou ocultava consigo algum elemento constitutivo de corpo de delito. Nessa ótica, o presente trabalho se propôs a analisar as influências psicológicas do perfilamento racial na tomada de decisão pela utilização da busca pessoal, por parte, notadamente, da Polícia Ostensiva e o papel do judiciário, mormente por meio do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), no controle de legalidade das referidas buscas. Para tanto, utilizou-se a técnica de pesquisa qualitativa, servindo-se da metodologia bibliográfica, da doutrina pertinente, bem como da análise da jurisprudência do STJ e do STF.

Palavras-chave: busca pessoal. fundada suspeita. perfilamento racial.

ABSTRACT

The institute of the personal search is a theme that is in evidence in the Brazilian socio-legal scenario, in view of the absence of an objective definition about what constitutes the reasonable suspicion, an essential requirement for the adoption of the referred personal search or more popularly known as "frisk" or "search". In fact, due to the wide subjectivity of the term designated by reasonable suspicion, there is a worrying tendency to use the predicted institute based on merely subjective elements, based on racial profiling, to the detriment of an effective demonstration that the searched individual carried or concealed with it some constitutive element of the corpus delicti. From this perspective, the present work proposes to analyze the psychological influences of racial profiling in decision making through the use of personal search, by, notably, the Ostensive Police and the role of the judiciary, especially through the Superior Court of Justice (STJ) and the Federal Supreme Court (STF), in controlling the legality of these searches. For that, a qualitative research technique was used, using the bibliographic methodology, the suitable doctrine, as well as through the analysis of the jurisprudence of the STJ and the STF.

Keywords: personal search. reasonable suspicion. racial profiling.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca dos pressupostos para a lícita utilização da busca pessoal é tema que permeia, há anos, notadamente, o judiciário brasileiro. Isso porque a ampla subjetividade do que se configura 'fundada suspeita' pode fazer com que a adoção da referida busca pessoal seja perniciosamente influenciada pelo perfilamento racial.

Com efeito, o referido perfilamento ou filtragem racial ocorre nas situações em que as buscas pessoais são realizadas com base na cor, no CEP, no modo de se vestir ou mesmo na forma de se expressar de parcela da sociedade, notadamente a juventude negra e periférica,

estereotipada como criminosa em decorrência, direta ou indireta, das preditas características as quais, segundo Wagner Arandas, “praticamente representam nacionalmente uma regra” (ARANDAS, 2010, p.127).

O problema é que uma prática tão invasiva e, por vezes, constrangedora, tanto para quem a faz quanto para quem a recebe, conforme aponta Luís Carlos Valois (2017, p. 462), ao se referir às revistas pessoais no contexto da guerra às drogas, não deve ser realizada à míngua de pressupostos objetivos, idôneos a indicar ou, ao menos, possibilitar, com justificável grau de certeza, a suspeita de que o indivíduo oculte consigo ou possua algum elemento constitutivo de corpo de delito, tendo em vista o condão que tal medida possui de restringir direitos fundamentais, como a intimidade, a privacidade e a liberdade.

Nessa ótica, a discussão acerca da busca pessoal - notadamente a realizada sem fundada suspeita - ganhou mais relevo quando o ministro Rogerio Schietti Cruz, no âmbito do RHC 158.580, trouxe à baila que “as estatísticas oficiais das Secretarias de Segurança Pública apontam que o índice de eficiência no encontro de objetos ilícitos em abordagens policiais é de apenas 1%”, tendo em vista que não seria desarrazoado concluir, a partir de tal estatística, que as construções de estereótipos criminosos exercem, se não majoritária, expressiva influência na adoção da medida em comento, como inclusive observa Geová da Silva Barros (2008, p. 145), Historiador e Oficial Superior da Polícia Militar do Estado de Pernambuco.

Salienta-se, contudo, que, embora haja precedente do próprio Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 788.316), no sentido de distinguir busca pessoal, que seria um meio de obtenção de prova, da abordagem policial, ‘enquadro’ ou ‘baculejo’, que seriam medidas preventivas de crimes, legitimadas apenas por uma “atitude suspeita” de que algum indivíduo possua algum elemento constitutivo de corpo de delito, ao fim e ao cabo ambas possuem um caráter exploratório, no sentido de coletar elementos de corpo de delito indicadores de materialidade delitiva.

Dessa forma, objetiva-se, com o presente trabalho, inicialmente, analisar, à luz da concepção de raça, as bases do racismo estrutural existente no Brasil e de como ele reverbera, notadamente, nas instituições de Estado, com reflexos perniciosos na manutenção de estereótipos que fomentam, na sociedade, e, com mais edacidade, nos agentes de segurança pública, a ideia do ‘inimigo potencial’, sendo este, via de regra, jovem, periférico e negro.

Nesse sentido, será traçado, de maneira crítica, um paralelo entre a escola criminológica positivista com a realidade jurídico-penal brasileira, adaptando-se as ideias lombrosianas do “homem delinquente” à reprodução do ‘racismo estrutural’ brasileiro.

Estabelecidas as considerações acerca das bases do racismo estrutural no Brasil e de sua leitura a partir da escola criminológica positivista, será dada ênfase à análise do instituto da busca pessoal, evidenciando-se que a noção de “atitude suspeita” não tem se mostrado um razoável parâmetro para a adoção do referido instituto, tendo em vista a reprodução sistemática do racismo estrutural em tais revistas pessoais, ensejando uma atuação mais efetiva, especialmente, por meio do judiciário.

Por fim, abordar-se-á o papel do judiciário, sobretudo por meio do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), no controle de legalidade das preditas revistas pessoais, com o escopo de mitigar o perfilamento racial nas abordagens policiais, fomentando-se, assim, a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária.

Para tanto, o presente trabalho adotará a pesquisa qualitativa, empregando-se, predominantemente, a metodologia bibliográfica, servindo-se especialmente da revisão bibliográfica, da análise de produções acadêmicas que contemplam a problemática em comento e das decisões, mormente, do STJ e do STF.

A CONCEPÇÃO DE RAÇA E AS BASES DO RACISMO ESTRUTURAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Ao abordar a colonialidade do poder, Aníbal Quijano pontua que “a ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América” (QUIJANO, 2005, p. 117), tendo em vista que a construção, feita pelos colonizadores, da ideia de uma suposta diferença racial, colocando, notadamente, os conquistadores - brancos e europeus -, em uma posição de superioridade em relação aos conquistados, foi um forte justificador do processo colonizatório ocorrido no continente americano, com acentuado reflexo na escravidão de negros ocorrida no Brasil, a qual a Professora Eunice Prudente (2020) designa por “escravização racial”.

Nessa ótica, importa destacar que, em grande parte da sua história, o Brasil esteve submetido ao processo colonizatório de Portugal, consequência, especialmente, de uma política econômica lastreada no mercantilismo, com o fito, essencialmente, de suprir as necessidades da metrópole portuguesa com o fornecimento de metais preciosos, como o ouro e o diamante, além de açúcar, tabaco e algodão, como pontua Caio Prado Júnior (1961, p. 120).

Isso porque o continente americano demonstrou ser ambiente ideal para a fixação de bases coloniais europeias, em que pese a diversidade e contradições culturais existentes. Com efeito, tais contradições culturais deram azo a uma série de conflitos entre os conquistadores e os conquistados, de modo que “a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista” (QUIJANO, 2005, p. 118).

De fato, em um ambiente caracterizado pela diversidade e contradições culturais com os hábitos de vida europeus, o estabelecimento de um viés segregacionista foi de fundamental importância para auxiliar a consolidação europeia no continente americano, especialmente no Brasil.

No entanto, embora a ideia de superioridade racial tenha se mantido presente desde a chegada europeia no Brasil, Silvio Luiz de Almeida (2019) aponta que o Iluminismo apresentou influência decisiva na construção de critérios de distinção entre os homens, não se satisfazendo com a idealização do homem como um ser meramente racional, mas propondo diversas facetas associadas ao conceito de homem, considerando fatores biológicos, econômicos, psicológicos e linguísticos como forma de pensar a existência humana.

Com efeito, embora os iluministas pregassem a liberdade, o progresso e a fraternidade, contavam com uma perspectiva taxativa do ser humano, idealizando determinadas características que refletiam, de certa forma, o modo de vida europeu e, portanto, a imagem do cidadão europeu.

Débora Costa e Edson Filho (2020) explicam que isso se deu porque, para a consolidação do Estado moderno, em superação ao antigo regime, em que o poder era concentrado nas mãos do monarca, “[...] foi necessário que se limitasse as atividades dos indivíduos que não

circundavam com as regras necessárias para se viver em harmonia” (grifos nossos).

Além disso, há de se destacar as influências dos estudos de Charles Darwin, notadamente por meio da publicação de “as origens das espécies” (1859), na intensificação da ideia de superioridade de raças, lastreando, inclusive, a corrida imperialista do século XIX, especialmente nos continentes africano e asiático, pelos europeus.

Com efeito, a partir dos estudos de Darwin e notadamente após a revolução industrial, ganhou muita voga as ideias pregadas pelo Darwinismo social, o qual serviu de lastro para muitos dos regimes de segregação racial desde então, considerando a imagem do homem branco europeu como um padrão resultante da evolução humana.

Tais ideias reverberaram com bastante intensidade no Brasil, notadamente após a abolição da escravatura, em 1888, tendo em vista uma nova classe social emergente, composta pelos recém libertos - negros e mestiços -, e a falta de estrutura político-econômica para ampará-los e integrá-los plena e dignamente à sociedade.

Não se tinha uma política pública voltada à qualificação, à empregabilidade e aos direitos sociais dos recém libertos. O que havia, na verdade, era uma persistente tentativa do Estado em controlar essa nova classe emergente, especialmente por meio do direito penal, com a instituição de infrações penais como a vadiagem e a prática da capoeira.

Com efeito, após a abolição da escravatura “[...] negros libertos, em grande número, deslocavam-se para as cidades à procura de oportunidades e quando lá chegavam não conseguiam ser absorvidos em atividades remuneradas” (SANTOS, 2004, p. 145).

Isso porque, como bem explicam Paulino e Oliveira (2020)

não sendo previsto aos egressos da escravidão qualquer mecanismo que viabilizasse a inserção social ou ao mercado de trabalho, a procura de um trabalho assalariado por essa população representou um inchaço dos centros urbanos de um expressivo contingente de ex-escravizados, visto que muitos não apresentavam qualificação para ofícios urbanos ou simplesmente eram rejeitados pelo preconceito estrutural (PAULINO, SILVIA; OLIVEIRA, ROSANE, 2020, p. 97-98).

Nessa ótica, a Professora Eunice Prudente (2020) discorre que, mesmo após a aquisição de cidadania, “os negros brasileiros passaram à invisibilidade, ausentes em todas as instituições públicas e privadas. Exceto nas cadeias públicas, manicômios e nas verdadeiras extensões das favelas e periferias das cidades brasileiras”.

Com efeito, Nancy Leys Stepan em trabalho realizado com o escopo de analisar o movimento eugênico ocorrido no Brasil, discorreu que uma das vertentes brasileiras do referido movimento sustentava que “[...] os problemas de crime e responsabilidade legal eram intimamente vinculados à questão racial e eugênica” (STEPAN, 2004, p. 344).

Além disso, embora tenha reconhecido a diferença entre o movimento eugenista ao estilo nazista, o qual se dispunha, inclusive, a exterminar raças consideradas inferiores, do movimento ocorrido no Brasil, pontuou que a população negra e mestiça, no Brasil

era percebida como ignorante, doente e cheia de vícios, com altas taxas de alcoolismo, imoralidade, mortalidade e morbidade. Se na cena pública a literatura eugênica utilizava a palavra ‘raça’ invariavelmente, no singular, para referir-se ao ‘povo brasileiro’, na esfera privada ela significava a ‘raça negra’ (STEPAN, 2004, p. 356)

Ainda hoje se percebem os reflexos desses preconceitos e estereótipos raciais, como se observa por meio das sempre oportunas palavras de Silício Almeida, o qual, ao discorrer sobre o racismo, assevera que

o racismo constitui todo um complexo imaginário social que a todo momento é reforçado pelos meios de comunicação, pela indústria cultural e pelo sistema educacional. Após anos vendo telenovelas brasileiras um indivíduo vai acabar se convencendo que mulheres negras têm uma vocação natural para o emprego doméstico, que a personalidade de homens negros oscila invariavelmente entre criminosos e pessoas profundamente ingênuas, ou que homens brancos sempre têm personalidades complexas e são líderes natos, meticolosos e racionais em suas ações. E a escola reforça todas essas percepções ao apresentar um mundo em que negros e negras não tem muitas contribuições importantes para a história, literatura, ciência e afins, resumindo-se a comemorar a própria libertação graças à bondade de brancos conscientes (ALMEIDA, 2019, p. 51)

Com efeito, esses estereótipos construídos e propagados no imaginário social externalizam o racismo estrutural existente no Brasil, projetando-se nos mais diversificados meios sociais, na cultura, nos noticiários, nas novelas, nas entrevistas de emprego, na composição racial das instituições pública, mormente em órgãos de cúpula, refletindo-se, inclusive, na seletividade da vigilância do Estado direcionada a grupos historicamente marginalizados.

PARALELOS EXISTENTES ENTRE AS ESCOLAS CRIMINOLÓGICAS POSITIVISTAS COM A REALIDADE JURÍDICO-PENAL BRASILEIRA

Inicialmente, importa destacar que a criminologia, em sua concepção moderna, é um campo do saber que tem por escopo o estudo do crime, do criminoso, da vítima e do controle social, buscando compreender as motivações e os fatores que geram incentivos à prática delitiva e, a partir dessa análise, elaborar meios de resposta ao fenômeno da criminalidade, por intermédio do estabelecimento de medidas de política criminal, tal como estabelece Piza (2020).

Nesse sentido, apesar da existência de diversas escolas criminológicas as quais buscam compreender, por meio das mais variadas formas de abordagens científicas, em última análise, o fenômeno delitivo, para o propósito do presente trabalho, mostra-se essencial o enfoque da escola positivista de criminologia.

De maneira geral, o positivismo, enquanto forma de abordagem científica voltada à criminologia, utilizava a metodologia aplicada às ciências naturais ao estudo do fenômeno delitivo, diferenciando-se da escola clássica, capitaneada por Cesare Beccaria (1764), em que predominava a metodologia abstrata ou dedutiva.

Há de se salientar que, embora tenham existido duas principais correntes no positivismo criminológico, uma capitaneada por Lombroso, a qual centrava a atenção ao aspecto individual dos sujeitos objetos de estudo, e outra sustentada por Enrico Ferri que enfatizava os aspectos sociais que motivaram os indivíduos à delinquência, há de se destacar que as ideias defendidas por Lombroso tiveram o condão de, até os dias atuais, influenciarem sobremaneira na estigmatização de perfis criminosos.

Com efeito, por meio da obra intitulada *O homem delinquente*, Cesare Lombroso (2007) consubstanciou um método de investigação científica de indivíduos, a partir de aspectos fisionômicos, como o tamanho do crânio, a estrutura óssea, o tamanho do nariz e dos olhos, além do aferimento de traços psicológicos, com o fito de compor a figura do criminoso nato.

Muito embora Lombroso considerasse de menor importância a influência de fatores sociais na composição do perfil do criminoso nato, como bem discorreu Bruna Luísa de Paula (2022), ao dissertar sobre o tema, tendo em vista que, para Lombroso, o criminoso nato o é por fatores biológicos, é evidente que tais concepções lombrosianas muito influenciaram, do ponto de vista sócio-cultural, a sociedade à época, reverberando até os dias atuais.

Em linha com o que foi exposto alhures, as ideias de Charles Darwin influenciaram consideravelmente os positivistas, notadamente no que diz respeito a uma pretensa superioridade de raças e a natural inclinação de algumas delas à delinquência, tendo inclusive motivado Lombroso a compor um perfil fenotípico do criminoso nato.

Nessa ótica, Elaine Maria Geraldo dos Santos sustenta que, quando houve a importação dessas ideias positivistas, no Brasil, “depararam-se com a nova situação social brasileira de mudança política de Monarquia para República (1889), em conjunto com abolição da escravidão (1888) e com aumento populacional das áreas urbanas” (2008, p. 25).

Vera Malaguti batista explica que “tendo como objetivo maior a manutenção da ordem social projetada da escravidão para a República, o positivismo criminológico se travestia de técnica, encobrendo com o fetiche criminal sua natureza política” (2016, p. 300)

Com efeito, Luciano Goés (2016) assevera que a perspectiva assumida pelo Direito Penal foi a de possibilitar que, para além da esfera de controle do Judiciário, o autor de um delito fosse, a partir de seu perfil de comportamento, de cor e de ocupação social, também conhecido ou estereotipado na sociedade como criminoso, sob um ideal de preservação da ordem, cujo escopo era, ao fim e ao cabo, o de promover o controle social de grupos sociais indesejados, com os compostos por negros e mestiços.

Nessa ótica, ao abordar as contribuições feitas por Nina Rodrigues, médico oriundo do Maranhão, o qual teve relevante participação na propagação, no Brasil, das ideias defendidas pela escola positivista, em meados do século XIX, Carvalho (2017) assevera que Nina Rodrigues desenvolveu concepções que traduziam a defesa da inferioridade dos que não estavam inseridos entre a parcela “branca” da sociedade, partindo do mesmo pensamento para classificar os indivíduos negros como inferiores aos demais.

Dessa forma, Carvalho (2017) ainda discorre que Nina Rodrigues idealizou a concepção de que a problemática racial não se encerrava na questão da presença do negro na sociedade, mas tinha um aspecto ainda mais amplo, visto que suas concepções levavam em conta uma perspectiva “pessimista”, compreendendo que a miscigenação produziria, inevitavelmente, a perpetuação de um “legado negro” na sociedade, por meio da mestiçagem.

Dessa maneira, Nina Rodrigues, como se depreende da leitura de Salo de Carvalho (2017), concebia, como causa da criminalidade, o fator da inferioridade das raças, de modo que os negros, com mais pujança, e os mestiços estariam mais inclinados à delinquência, de modo que a aferição da responsabilidade penal estaria diretamente associada ao aspecto da aproximação de um indivíduo a um tipo racial criminoso.

Uma vez que suas concepções indicavam associação direta entre a criminalidade e a existência da população negra, ou de seus descendentes, fruto da miscigenação, além da ideia de que eventualmente a descendência da população negra iria suplantará a parcela da população

descendente diretamente do europeu, Nina Rodrigues estabeleceu formas de abordagem do crime que encontram fundamento na ideia da Defesa Social.

Nesse ponto, tal qual fazia Lombroso, o ideólogo brasileiro concebeu o crime como uma patologia desenvolvida na sociedade, a qual deveria estar sujeita a medidas de caráter meramente combativo, especialmente por considerar que deveria haver uma justiça paralela aos que eram taxados de “selvagens” e considerados indesejáveis ao convívio social, com intuito de justificar controles diferenciados não somente em relação a determinadas grupos sociais que não se adequavam a um padrão instituído socialmente como desejável, mas à população com condições socioeconômicas não tão favoráveis quanto a elite da época, Carvalho (2017).

Vê-se, portanto que, embora as concepções defendidas pela escola positivista, mormente na vertente capitaneada por Lombroso, tenham sido superadas por outras escolas criminológicas, ainda hoje suas ideias refletem, mesmo que inconscientemente, na sociedade, impactando as relações sociais, políticas, culturais, econômicas e institucionais.

A BUSCA PESSOAL BASEADA EM ATITUDES SUSPEITAS E SUA ASSOCIAÇÃO COM O RACISMO ESTRUTURAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA

A busca pessoal, prevista no art. 240 do Código de Processo Penal, especificamente no capítulo relativo à disciplina legal sobre as provas, consiste num meio de obtenção de eventuais objetos que tendentes a demonstrar a materialidade de eventual ilícito por parte do indivíduo sujeito à tal busca. De acordo com o §2º do referido dispositivo, tal medida é empregada especialmente com o objetivo de identificar armas proibidas, coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, nos termos das alíneas b à f e h do §1º do art. 240 do CPP.

Nessa ótica, apesar de o dispositivo legal em questão abordar, em sua redação, que é requisito para a utilização da busca pessoal que esta seja encetada com lastro em fundada suspeita de que o indivíduo a ser revistado oculte consigo algum elemento constitutivo de corpo de delito, não há uma definição legal acerca do que consiste, objetivamente, a fundada suspeita, de modo que, devido a tal vagueza da expressão em comento, há a tendência à adoção de buscas pessoais amparadas em critérios meramente subjetivos, baseados, não raramente, em estereótipos de criminosos relacionados à cor, ao local de residência, ao modo de se vestir e de se expressar.

Com efeito, conforme assevera Loureiro, a necessidade de introdução de uma atuação mais rígida do Estado decorre um projeto de controle de poder por parte de setores econômicos mais favorecidos e dominantes, de forma que existe uma tendência em se considerar setores mais pobres da sociedade como mais propensos a comportamentos desviantes (Loureiro, 2019).

Dessa maneira, a autora destaca que a insuficiência do aparato estatal para lidar com o aumento da criminalidade intensificou a seletividade do direcionamento da atuação dos agentes de segurança pública a parcelas marginalizadas da sociedade, como jovens negros e periféricos, sob a ótica da criminalização seletiva a qual legitima abordagens policiais fundadas em critérios relacionados meramente a características associadas a segmentos sociais específicos.

Tal cenário implica no que Loureiro (2019) denomina de criminalização secundária, as-

pecto esse que corresponde à segunda etapa do processo de estabelecimento da seletividade penal, sendo a primeira a sistematização de normas de direito material em área criminal, selecionando quais condutas serão efetivamente criminalizadas.

Dessa forma, a criminalização secundária acarreta na efetiva aplicação da lei estabelecida anteriormente, por vários sujeitos, dentre os quais as autoridades policiais, que têm conhecimento dos fatos em primeiro lugar, levando o potencial autor de um delito para que as supostas condutas praticadas sejam apreciadas pelo Poder Judiciário.

Nesse ponto, a autora aborda que a aplicação da lei material, na etapa da criminalização secundária, não ocorre de maneira aleatória, mas sim através de determinados critérios, os quais são convenientes ao fim de controle social por meio do campo da justiça criminal, elencando como alguns desses critérios, a associação entre a prática de delitos “grosseiros” ou menos sofisticados, que não exigem excessivo planejamento para sua execução, e setores menos instruídos da sociedade e com reduzido poder econômico, além de considerar aspectos pessoais, como cor de pele, idade, sexo e condição social como forma de construção de estereótipos

Sendo assim, o que se percebe é que há um esforço coletivo no sentido de estabelecer padrões de indivíduo aptos à prática criminosa, utilizando para isso dos diversos critérios expostos anteriormente, com o intuito de normalizar a estratificação social como fundamento para que sejam empreendidas medidas, como a busca pessoal, por parte de autoridades policiais sobre determinados indivíduos, de maneira que sua aplicação deixa de ser pautada em elementos objetivos presentes no contexto fático para dar lugar a um juízo prévio da autoridade policial, considerando aspectos sociais e pessoais para proceder com a abordagem.

Assim, percebe-se que a herança do racismo estrutural na sociedade brasileira assumiu novas feições em período contemporâneos, permitindo o reforço dos ideais de divisão da sociedade, atribuição de características negativas a determinados membros da sociedade, com a consequente adoção de tratamentos diferenciados em face de certos indivíduos, demonstrando diferencial à época anteriores em que a ideologia racista era mais evidente, somente no que tange o fundamento da legitimação de práticas mais severas de medidas de segurança pública, que agora passou a ter por base a ideia de combate à criminalidade, mas revestida de seletividade.

O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DAS BUSCAS PESSOAIS FUNDADAS NO PERFILAMENTO RACIAL

Reconhecendo a necessidade de se construir medidas para o combate ao perfilamento racial nas abordagens policiais, o Judiciário, especialmente por meio da atuação do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, vem exercendo importante papel no enfrentamento deste quadro de ilegalidades, notadamente mediante a fixação de precedentes.

Com efeito, recentemente, por meio do voto do Ministro Rogério Schietti, no âmbito do Recurso em Habeas Corpus - RHC 158.580 -, do qual foi relator e cuja decisão, à unanimidade, deu provimento ao recurso para determinar o trancamento do processo, o Ministro, de maneira pedagógica, apontou a forte influência do racismo estrutural na tomada de decisão para a realização das abordagens policiais, argumentando, notadamente, que

[...] em um país marcado por alta desigualdade social e racial, o policiamento ostensivo tende a se concentrar em grupos marginalizados e considerados potenciais criminosos ou usuais suspeitos, assim definidos por fatores subjetivos, como idade, cor da pele, gênero, classe social, local da residência, vestimentas etc. Sob essa perspectiva, a ausência de justificativas e de elementos seguros a legitimar a ação dos agentes públicos — diante da discricionariedade policial na identificação de suspeitos de práticas criminosas — pode fragilizar e tornar írritos os direitos à intimidade, à privacidade e à liberdade [...] (STJ - RHC 158.580 BA 2021/0403609-0, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de julgamento: 19/04/2022, SEXTA TURMA, Data da publicação: Dje 25/04/2022. Grifo nosso)

Embora os efeitos da referida decisão estejam limitados às partes processuais respectivas, isto é, possuir eficácia *inter partes*, há de se destacar o importante precedente firmado pelo STJ, constituindo um parâmetro interpretativo para futuros casos semelhantes e, muito provavelmente, fomentando a consolidação do entendimento, ora esposado, em uma jurisprudência sobre o tema, coadunando-se, inclusive, com o que prevê o Manual Sobre a Tomada de Decisão na Audiência de Custódia do Conselho Nacional de Justiça.

Nessa ótica, há de se destacar, ainda, que perfilham de raciocínio parecido ao que foi construído pelo Ministro Rogério Schietti, no RHC supracitado, o HC nº 732.517/SP, o qual concedeu a ordem de Habeas Corpus para anular as provas obtidas por meio de busca pessoal realizada por Guardas municipais devido ao fato de o acusado, portando uma mochila, ter demonstrado nervosismo e pressa ao andar pelo local em que estavam os guardas, conforme se depreende da ementa do referido Habeas Corpus

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. REQUISITOS DO ART. 244 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. ABSOLVIÇÃO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, EM CONFORMIDADE COM O PARECER MINISTERIAL. 1. No caso dos autos, a busca pessoal realizada pelos guardas municipais foi justificada apenas com base no fato de que o Acusado andava apressadamente pelo local, estava nervoso e carregava uma mochila, em região conhecida pelo comércio ilegal de entorpecentes. As referidas circunstâncias não revelam, por si sós, conduta delitativa, não configurando a situação de flagrância, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, que pudesse autorizar a abordagem pelos guardas municipais. 2. Convém assinalar que não consta da sentença nem mesmo do acórdão atacado que os guardas municipais teriam visualizado o Réu vendendo drogas ou mesmo praticando qualquer outro crime que justificasse a busca pessoal. Outrossim, a posterior situação de flagrância não legitima a revista pessoal realizada ilegalmente, pois amparada em meras suposições ou conjecturas. 3. Ordem de habeas corpus concedida para, em conformidade com o parecer ministerial, anular as provas obtidas mediante a busca pessoal realizada pelos guardas municipais, bem como as provas delas decorrentes e, em consequência, absolver o Acusado da imputação feita na Ação Penal n. XXXXX-07.2021.8.26.0228. (STJ - HC: XXXXX SP XXXXX/XXXXX-7, Data de Julgamento: 02/08/2022, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2022)

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, está na iminência de concluir o julgamento do Habeas Corpus nº 208.240/SP, de relatoria do Ministro Edson Fachin, cujo objeto é a anulação de uma sentença proferida contra um indivíduo negro, flagrado com 1,52 gramas de cocaína, tendo em vista que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, impetrante do Habeas Corpus em comento, argumentou que a abordagem policial foi feita tão somente com base na cor do referido indivíduo, não tendo os policiais demonstrado fundada suspeita para a adoção da predita busca.

Ao escrever este artigo, o placar do referido julgamento é de 4x1 contra a concessão do predito Habeas Corpus, com voto de divergência do Ministro Relator, ao qual concedeu a ordem de ofício, reconhecendo que, no caso em pauta, houve perfilamento racial na abordagem policial.

Embora tal julgamento esteja suspenso, em decorrência do pedido de vista feito pelo Ministro Luiz Fux, tem levantado fortes discussões no mundo jurídico, como se observa em recente artigo, de autoria de Lênio Streck, que suscita o questionamento de como um caso como esse é levado à Suprema Corte do país, para que esta “faça uma ‘lei geral’ para dizer que a polícia não deve fazer perfilamentos com conotação racial” e que o “MP não deva oferecer denúncias nesses casos porque a prova é nula” (STRECK, 2023).

Com efeito, conforme Streck, Cattoni e Bacha, o caso em comento além de revelar o fracasso institucional “nos mostra que o nosso direito é tão frágil epistemologicamente que precisamos que o STF faça uma ‘lei’ para ensinar os juízes e tribunais que não se pode admitir perfilamento racial” (STRECK *et al.*, 2023).

Ainda que ciente das críticas, feitas pelos supra citados autores, ao abordarem a ausência de amparo legal para a formulação de tese em Habeas corpus, há de se observar que, no caso em comento, a discussão acerca da violência ilegal, sofrida pelo paciente, parece ter sido secundarizada, resultando no “paradoxal resultado de que uma ‘tese’ seja aprovada sem que seja aplicada ao caso em julgamento”.

Nessa ótica, dada a desproporcionalidade inclusive da possível aplicação da pena, ao caso que deu azo ao referido Habeas Corpus nº 208.240/SP, superando, inclusive, a pena mínima aplicada ao homicídio simples, há de ser considerado o posicionamento de Paulo Lotti, Silvia Souza e Hédio Silva Jr., (2023) segundo os quais, “dogmaticamente, não há razão para que o STF não possa criar teses fruto de julgamentos, desde que sejam a exteriorização de seus fundamentos determinantes”.

Isso porque, segundo os autores o estabelecimento de teses pelo Supremo Tribunal Federal não impossibilita que os Juízos e Tribunais inferiores não realizem o necessária interpretação de cada caso concreto, já que, estes “deverão continuar (e continuam) interpretando o precedente (ou provimento vinculante) que gerou a tese para ver se ela se aplica ao caso” (LOTTI *et al.*, 2023).

Há de se salientar que o próprio STF tem entendimento firmado, por meio do Habeas Corpus nº 81305/GO, no sentido de negar a legitimidade da busca pessoal fundada em meros critérios subjetivos, como a roupa em que o abordado utilizava (um blusão que, segundo os policiais, poderia esconder uma arma)

EMENTA: HABEAS CORPUS. TERMO CIRCUNSTANCIADO DE OCORRÊNCIA LAVRADO CONTRA O PACIENTE. RECUSA A SER SUBMETIDO A BUSCA PESSOAL. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL RECONHECIDA POR TURMA RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL. Competência do STF para o feito já reconhecida por esta Turma no HC n.º 78.317. Termo que, sob pena de excesso de formalismo, não se pode ter por nulo por não registrar as declarações do paciente, nem conter sua assinatura, requisitos não exigidos em lei. A “fundada suspeita”, prevista no art. 244 do CPP, não pode fundar-se em parâmetros unicamente subjetivos, exigindo elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ausência, no caso, de elementos dessa natureza, que não se pode ter por configurados na alegação de que trajava, o paciente, um “blusão” suscetível de esconder uma arma, sob risco de referendo a condutas arbitrárias ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder. Habeas corpus deferido para determinar-se o arquivamento do Termo. (HC 81305, Relator(a): ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2001, DJ 22-02-2002 PP-00035 EMENT VOL-02058-02 PP-00306 RTJ VOL-00182-01 PP-00284)

Deve-se salientar, ainda, que esse controle de legalidade feito, notadamente, pelos tribu-

nais superiores, não tem por objetivo mitigar o trabalho feito, principalmente, pela polícia ostensiva, na prevenção de crimes, embora, por intermédio de tais controles de legalidade, eventualmente possam ser anuladas algumas decisões justamente por serem amparadas em eventuais buscas pessoais ilícitas, como a busca pessoal feita por filtragem racial.

Isso porque a Segurança pública também é um direito social, mas que não pode ser utilizada como supedâneo para a violação de direitos fundamentais, como a privacidade e a intimidade das pessoas, sobretudo quando tais violações são dirigidas a grupos historicamente marginalizados, como os jovens, negros e periféricos, os quais são os alvos mais recorrentes das abordagens policiais em comento.

Com efeito, conforme discorreu o Ministro Rogério Schietti Cruz, quando do julgamento do RHC 158.580/SP, baseado em estatísticas das Secretarias de Segurança Pública dos Estados brasileiros, 99% das buscas pessoais são infrutíferas, ou seja, de cada 100 pessoas que são abordadas pelos policiais apenas 1 será autuada pelo cometimento de alguma infração penal.

Nessa ótica, oportuna é a lição de Aury Lopes Jr. que, ao abordar o atual quadro de revistas pessoais infundadas, discorreu que “o problema de medidas assim, com amplo espaço para abusos, poderia ser atenuado com maior rigor no preparo técnico dos policiais e, principalmente, efetivo controle da validade dos atos por parte dos juízes e tribunais” (2019, n.p) .

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, foi possível analisar as influências do perfilamento racial, consubstanciadas pela construção social de estereótipos criminosos, na motivação psicológica pela seleção de quem será submetido à busca pessoal.

Nesse sentido, depreende-se que a seletividade da vigilância repressiva estatal a grupos historicamente marginalizados, no Brasil, persiste desde o período colonial, sendo acentuada após a abolição da escravatura.

Além disso, o presente trabalho demonstrou como as influências, notadamente das ideias da escola positivista de criminologia e das concepções de Darwinismo social, que consubstanciou, inclusive, movimentos de eugenia no Brasil, contribuíram para fomentar preconceitos raciais e estigmas sociais relacionados, notadamente, à população negra e periférica.

Por fim, evidencia-se a importância do papel do poder judiciário, notadamente por meio do STJ e do STF, no sentido de promover uma superação da tendência de se realizar a busca pessoal fundamentada no perfilamento racial, por meio da fixação de precedentes, com o escopo tanto de preservar a própria validade probatória de eventuais elementos consubstanciadores da materialidade delitiva, na hipótese de ter sido demonstrada a fundada suspeita para tanto, quanto os direitos à intimidade e à intimidade de quem é submetido às referidas buscas pessoais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Pólen, 2019.

ARANDAS, Wagner Solano de. O racismo institucional contra os negros na Polícia Militar (Dissertação de mestrado em ciência jurídica). Universidade Federal da Paraíba, 2010. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/4435/1/arquivototal.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2023.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito. Fórum Segurança. jul/ago 2008. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/31/29>. Acesso em: 11 mar. 2023.

BATISTA, Vera Malaguti. O positivismo como cultura. Passagens. Rio de Janeiro: Revista internacional de história política e cultura jurídica. vol. 8, nº.2, maio-agosto, 2016, p. 293-307. DOI: 10.15175/1984-2503-20168205. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v8n2a52016.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2023.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas Ciências Criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

COSTA, Débora; FILHO, Edson. Análise das escolas clássica e positivista à luz do livro criminologia crítica e crítica do direito penal de Alessandro Barata. Santo Ângelo: Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 21, n. 39, p. 183-200, 28 jan. 2021. DOI: <https://doi.org/10.31512/rdj.v21i39.313>. Disponível em: <https://san.uri.br/revistas/index.php/direitoejustica/article/view/313/128>. Acesso em: 28 mar. 2023.

GOES, Luciano. A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2016.

JORGE, Wildson Edson. Brasil/São Paulo - 500 anos de prisões. PosFAUUSP, [S. l.], n. 8, p. 226-247, 2000. DOI: 10.11606/issn.2317-2762.v0i8. p. 226-247. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/posfau/article/view/137338>. Acesso em: 13 nov. 2022.

LOMBROSO, Cesare. O Homem Delinquente. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES Jr, Aury. Direito processual penal. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOUREIRO, Bruna Gonçalves da Silva. Culpabilidade e vulnerabilidade: proposta para um novo conceito de culpabilidade penal. Rio de Janeiro: Revan, 2019.

LOTTI, Paulo; SILVIA, Souza; JUNIOR, Hédio S. Teoria de precedentes e as teses do STF - O caso do perfilamento racial. Migalhas, 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/direitos-humanos-em-pauta/383332/teoria-de-precedentes-e-teses-do-stf--o-caso-do-perfilamento-racial>. Acesso em: 28 mar. 2023.

MELLO, Sebastian Borges de Albuquerque. O novo conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PAULA, Bruna Luísa de. Criminologia Crítica: raça e classe em perspectiva interseccional. Criminalis, São João del-Rei, v. 2, n. 1, p. 134-163, jul./dez. 2022.

PAULINO, Silvia Campos; OLIVEIRA, Rosane. VADIAGEM E AS NOVAS FORMAS DE CONTROLE DA POPULAÇÃO NEGRA URBANA PÓS-ABOLIÇÃO. *Direito em Movimento*, [S.l.], v. 18, n. 1, p. 94-110, ago. 2020. ISSN 2238-7110. Disponível em: <<https://emerj.jus.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/view/195>>. Acesso em: 27 mar. 2023.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. *Introdução às Ciências Criminais*. 2.ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo*. 6ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1961.

PRUDENTE. Eunice. A escravização e racismo no Brasil, mazelas que ainda perduram. *Jornal da USP*. 16 jun. 2020. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/a-escravizacao-e-racismo-no-brasil-mazelas-que-ainda-perduram>. Acesso em: 15 mar. 2023.

QUIJANO, Aníbal. "Colonialidade do Poder, eurocentrismo e América Latina". Buenos Aires: Biblioteca virtual CLACSO, 2005.

SANTOS. Elaine Maria Geraldo dos. *A face criminoso: O neolombrosianismo no Recife da década de 1930 (Dissertação de mestrado em ciência jurídica)*. Universidade Federal de Pernambuco, 2008. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/7278/1/arquivo3320_1.pdf. Acesso em: 07 mar. 2023.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. *Topoi*, v. 5, n. 8, jan.-jun. 2004, p. 138-169.

SHECAÍRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 9.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

STEPAN, NL. Eugenia no Brasil, 1917-1940. In: HOCHMAN, G., and ARMUS, D., orgs. *Cuidar, controlar, curar: ensaios históricos sobre saúde e doença na América Latina e Caribe* [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2004. *História e Saúde collection*, pp. 330-391. ISBN 978-85-7541-311- 1.

STRECK, Lenio Luiz. Obstáculos epistemológicos e o caso do racismo na abordagem policial. *Conjur*, 16 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-16/senso-incomum-obstaculos-epistemologicos-racismo-abordagem-policial>. Acesso em: 23 mar. 2023.

STRECK *et al.* Perfilamento racial: o STF fará um precedente sem caso concreto? *Conjur*, 13 mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-13/opinioao-perfilamento-racial-precedente-concreto>. Acesso em 23 mar. 2023.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.



A universalização do acesso às creches como direito das famílias, das mulheres e das crianças no município de Curitiba: desafios e perspectivas

Challenges and perspectives of the universalization of access to day care centers as a right of families, womans and children in the city of Curitiba

Cézar Bueno de Lima

Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP), Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Curitiba

Isabella Godoy Danesi

Mestranda do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Curitiba

Paulo Moreira Morimoto da Rosa Júnior

Mestrando do Programa de Mestrado em Direitos Humanos e Políticas Públicas da Universidade Católica do Paraná (PUCPR) – Campus Curitiba

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.15

RESUMO

O acesso à educação infantil de crianças até 3 anos de idade através das creches é um direito fundamental das crianças, tem impacto socioeconômico direto nas famílias de baixa renda e implica em uma política de assistência social auxiliar das famílias monoparentais, onde as mulheres são as principais responsáveis pela criação dos filhos e sem o acesso às creches ficam impossibilitadas de trabalhar. Para tal fim foi feita uma análise inicial das políticas do Governo Federal para educação infantil e contextualizada com a realidade do Município de Curitiba, com a execução local das metas da área e sua problemática de falta de vagas nas creches.

Palavras-chave: direito à educação. educação básica. acesso. políticas públicas.

ABSTRACT

Access to early childhood education for children up to 3 years of age through day care centers is a fundamental right of children, it has a direct socioeconomic impact on low-income families and implies a policy of auxiliary social assistance for single-parent families, where women are the main responsible for raising children and without access to daycare centers are unable to work. To this end, an initial analysis of the Federal Government's policies for early childhood education was carried out, contextualized with the reality of the Municipality of Curitiba, with the local execution of the area's goals and its problem of lack of vacancies in daycare centers.

Keywords: right to education. basic education. access. public policies.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem a finalidade de demonstrar que a política pública da universalização do acesso às creches possui diversos desafios para a efetivação e garantia do respeito e aplicabilidade dos Direitos Humanos.

O acesso à educação infantil de crianças até 3 anos de idade através das creches é um direito fundamental das crianças, tem impacto socioeconômico direto nas famílias de baixa renda e implica em uma política de assistência social auxiliar das famílias monoparentais, onde as mulheres são as principais responsáveis pela criação dos filhos e sem o acesso às creches ficam impossibilitadas de trabalhar.

Para tal fim será realizada uma análise inicial das políticas do Governo Federal para educação infantil e em seguida será contextualizada com a realidade do Município de Curitiba, com a execução local das metas da área e sua problemática de falta de vagas nas creches.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em 1959, foi o primeiro documento internacional a reconhecer, entre outros direitos, os direitos das crianças à educação, à brincadeira e a crescer em um ambiente favorável e sau-

dável. Em 1966, com os Pactos Internacionais sobre Direitos Civis e Políticos e sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, os membros das Nações Unidas signatários do documento assumiram compromisso de garantir direitos iguais para todas as crianças, incluindo o direito à educação e a proteção.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 208, inciso IV colocou a educação infantil no patamar de elemento constitutivo do direito à educação, além de ser uma ação auxiliar de política trabalhista e de assistência social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu artigo 3º assegura a criança e ao adolescente os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, regulamentando desta forma o artigo 227 da Constituição Federal, que garante absoluta prioridade à criança o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito e a liberdade, além de protegê-la de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Amparada em ampla legislação o acesso à educação é um direito fundamental que o Estado brasileiro tem obrigação de garantir em uma atitude prestacional.

Portanto, para isto ser efetivo é necessário o desenvolvimento de políticas públicas como a universalização das creches, objeto deste trabalho.

Apesar dos governos procurarem se eximir de sua responsabilidade ao interpretarem de forma equivocada o texto constitucional, o entendimento passível determinado pelo Supremo Tribunal Federal através do julgamento do tema 548 com repercussão geral reafirmou o dever do Estado garantir a educação infantil incluindo-se todas as crianças, desde a creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos).

Entretanto, esta não é a realidade o que encontramos na maior parte das regiões do Brasil, e de fato ainda existe uma grande inércia do poder público para a efetivação deste direito e por isso faltam vagas em creches e muitas mães permanecem em situação de desemprego por conta de não ter com quem deixar o seu filho no período em que poderia estar no trabalho.

Tal situação gera inúmeros problemas sociais como falta de oportunidades, maior índice de pobreza, desigualdade e crianças que não possuem o ensino infantil, marco de suma importância na vida e desenvolvimento de um ser humano, considerada uma perda irreversível, uma vez que diferente de outras fases da educação que podem ser recuperadas posteriormente, a educação infantil está inevitavelmente ligada ao momento da idade cronológica da criança.

O ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL NO BRASIL E EM CURITIBA ANALISADA PELAS VAGAS NAS CRECHES

Brasil

O Plano Nacional de Educação (PNE 2014-2024) estabeleceu como meta garantir o acesso à educação infantil em creches para atender, no mínimo, 50% das 11,8 milhões de crianças brasileiras de 0 a 3 anos até o ano de 2014.

O último levantamento, de 2019, cerca de 37% das crianças de até 3 anos de idade

estavam matriculadas em creches. E o relatório de monitoramento do PNE de 2022, divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) aponta a necessidade da inclusão de aproximadamente 1,5 milhão de crianças em creches em todo o Brasil.

O abismo social de nossa sociedade é refletido no acesso à creche das crianças ao mesmo tempo que reforça as dificuldades das famílias mais pobres buscarem estudo e trabalho e aumentarem suas rendas. Entre os 20% das famílias mais pobres, apenas 24,4% frequentam creches no Brasil.

De acordo com o Índice de Necessidade de Creche (INC 2018-2020) em 2018, as crianças que estavam em grupos vulneráveis e necessitavam de vagas em creche eram de 40,6%. Em 2019 a porcentagem subiu para 42,4% e em 2020 a projeção ficou em 42,6%. Demonstrando que a tendência é o aumento anual.

Dos quase 5 milhões de crianças de 0 a 3 anos que precisam de atendimento em creches no Brasil, em 2019, as que vivem em situação de pobreza representavam 17,3%; às de famílias monoparentais, que contam apenas com a mãe, o pai ou outro responsável pela sua criação 3,5%; e as famílias onde os cuidadores principais das crianças precisam de a creche para poder trabalhar representam 21,7%.

As famílias mais necessitadas do atendimento do serviço das creches são as que menos possuem acesso, com 75,6% das crianças mais pobres fora das creches. Nas famílias monoparentais 55% das crianças não estão matriculadas e no grupo onde os cuidadores principais precisam trabalhar 18,3% não estão em creches.

O relatório também apontou as desigualdades regionais do país, com a região norte com a pior taxa de cobertura com 18,7% das crianças atendidas por creches, a região centro-oeste em seguida com 29,7%, a região nordeste com 33%, a região sudeste com 43,9% quase empatada com a região sul com 44%.

A desigualdade de cobertura entre as áreas rural e urbana também são uma realidade, com a área urbana alcançando 40% e a área rural com 20,4% de crianças em creches.

O Censo Escolar 2021 apontou o impacto da pandemia do COVID-19 na diminuição de matrículas no ensino infantil entre 2019 e 2021, que passou de 3,7 milhões em 2019 para 3,4 milhões em 2021 de crianças que frequentam creches.

Dentro dessa realidade, o Governo Federal fez proposta de orçamento para 2023 de apenas R\$5 milhões para construção de novas creches em todo Brasil através do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O investimento 2022 já havia diminuído para R\$100 milhões em relação ao ano de 2021, que foram R\$220 milhões. O corte representa 95% do valor deste ano.

O Programa Nacional de Reestruturação e Aquisição de Equipamentos para a Rede Escolar Pública de Educação Infantil (Pro infância), do Governo Federal, planejava entregar mais de 4 mil creches até o fim de 2022, porém somente 800 creches foram construídas em todo o Brasil, desde 2019. O atual governo iniciou e concluiu apenas 7 unidades. O orçamento destinado para 2023 é o equivalente para construção de 5 creches.

Curitiba

A Prefeitura de Curitiba tem ampliado o número de vagas na educação infantil, para crianças de 0 a 5, que eram de 45 mil em 2017 e foram para 52,6 mil em 2022 com a construção de 25 novos Centros Municipais de Educação Infantil (CMEIs) e o convênio de novos Centros de Educação Infantil (CEIs), que subiram de 95 para 117 contratados.

Porém o investimento do município tem sido aquém do necessário para suprir a demanda do atendimento de crianças de 0 a 3 anos em creches. A Prefeitura transferiu todas as vagas de Centros Municipais de Educação Infantil - CMEIs para atender as crianças a partir dos 4 anos, devido a obrigatoriedade, por lei desde 2016, de oferecer vagas na educação infantil para essa faixa etária. Já os 117 Centros de Educação Infantil (CEIs) contratados funcionam como creches e atendem um total de 9.824 crianças de 0 a 3 anos. Porém, o levantamento feito pela Prefeitura em abril de 2022 apontou 10.230 crianças aguardando por vagas em creches. O custo anual para zerar a fila com atendimento em tempo integral destas crianças em creches seria de R\$102,3 milhões.

OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) E A POLÍTICA PÚBLICA DE ACESSO AO ENSINO

É importante ressaltar que o Brasil é signatário da agenda de Direitos Humanos da ONU, assim priorizar o ensino e a educação contribuem para o cumprimento de ao menos 11 dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) até o ano de 2030:

ODS 1 - Erradicação da pobreza

ODS 2 - Fome zero e agricultura sustentável

ODS 3 - Saúde e bem-estar

ODS 4 - Educação de qualidade

ODS 5 - Igualdade de gênero

ODS 8 - Trabalho decente e crescimento econômico

ODS 10 - Redução das desigualdades

ODS 16 - Paz, justiça e instituições eficazes.

Priorizar a promoção de políticas públicas acerca da educação infantil contribui para o desenvolvimento de outras áreas como diminuição das desigualdades, combate à fome e a pobreza, saúde, trabalho e renda e fortalecimento das instituições.

O acesso às creches tem resultado direto e imediato na promoção de trabalho decente e crescimento econômico uma vez que se os filhos puderem frequentar um ambiente seguro, garante aos pais oportunidade de tempo livre para frequentarem cursos, estudar e trabalhar buscando assim uma melhora no planejamento de vida e aumento na renda da família.

Neste sentido o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 1008166, com repercussão geral reconhecida (tema 548), que discute se é dever do

Estado assegurar o atendimento em creche e pré-escola às crianças de 0 a 5 anos de idade destacou que:

Para o ministro Edson Fachin, o direito constitucional à educação é autoaplicável. Ele entende que essa regra não se dirige só à criança, mas visa também a proteção da mulher. Segundo o ministro, a ausência desse atendimento cria um círculo vicioso de exclusão social. “Mulher que não tem creche para deixar adequadamente seus filhos, especialmente das camadas mais excluídas da população, não consegue trabalhar. Esse é o dado da realidade.” (STF, 2010)

Por consequência da mãe não conseguir trabalhar, pois não tem um lugar adequado e seguro para que seu filho possa permanecer neste período, fica sem condições de prover o lar condenando a criança a uma situação de pobreza e privação.

A pobreza e a extrema pobreza somadas a ausência de acesso à educação têm efeitos terríveis para a dignidade das pessoas e no caso de crianças e adolescentes, trazem consequências irreparáveis e compromete irreversivelmente o desenvolvimento, condenando-os ao estado perpétuo de vulnerabilidade.

Outro ponto de extrema relevância é que oportuniza que crianças e adolescentes frequentem instituições de ensino, coopera na meta de erradicar a fome no país.

Discutir políticas públicas que visam erradicar a fome é um desafio complexo em um país em que Segundo Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia de Covid-19 apontou que 33,1 milhões de pessoas não têm garantido o que comer — o que representa 14 milhões de novos brasileiros em situação de fome. Conforme o estudo, mais da metade (58,7%) da população brasileira convive com a insegurança alimentar em algum grau: leve, moderado ou grave. (AGÊNCIA SENADO, 2022)

A proporção de crianças de 14 anos abaixo da linha de extrema pobreza chegou a 13,4%. Um recorde histórico. (CUT, 2022)

Conforme pesquisa apresentada pelo jornal CNN mais de 18 milhões de crianças vivem em situação de fome no Brasil. Ou seja, enfrentam insegurança alimentar grave ou moderada. (CNN, 2021)

E é dentro deste contexto que o acesso à educação recebe um fator secundário uma vez que a alimentação escolar é um direito constitucional, garantido pelo Art. 208 da Constituição Federal, e no Capítulo III, Art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases LDB/9394/96, que determina:

“O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]

VII – atendimento ao educando, no Ensino Fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde”.

Por esta razão uma criança que frequenta regularmente a creche recebe regularmente alimentação além do mais atende as necessidades nutricionais; contribui para o crescimento, desenvolvimento, aprendizagem e rendimento; forma hábitos saudáveis, preveni a obesidade e outras doenças e inicia a educação alimentar que será levada para a vida.

A merenda escolar garante sua qualidade e contribui com a agricultura sustentável e da economia local por força da Lei n.º 11.947/2009, que determina que no mínimo 30% do valor repassado aos municípios pelo Fundo Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) seja gasto prio-

ritariamente na compra de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar.

Neste interim vale ressaltar também que crianças criadas em um ambiente de privação e sem uma boa base pré-escolar que resulta no sucesso acadêmico e profissional, o que dificulta que se tornem adultos independentes, perpetuando o ciclo de pobreza.

Portanto, olhar para as crianças de forma preocupada com os seus futuros é oportunizar uma vida adulta com mais igualdade de oportunidades e recursos.

Em outra vertente oportunizar as mães tempo livre em que não precisem cuidar de seus filhos é oportunizar a essas mulheres autonomia e independência e com isso promover a igualdade de gênero.

O direito a educação básica é, portanto, reconhecido como um direito das crianças sim, mas também das mulheres.

Diante disso a União Brasileira de Mulheres (UBM) no Ofício nº: 02/2023 enviado as autoridades máximas do governo pleiteou por vagas em creches e fundamentou o pedido inclusive citando que esta pauta é indispensável para equidade de gênero e diminuição da pobreza uma vez que 89% dos responsáveis por crianças de 0 a 3 anos são mulheres.

Sabe-se que muitas crianças e mulheres são submetidas a lares e situações de violência e abuso em detrimento da dependência financeira.

Por esta razão que o trabalho e os estudos têm um papel elementar na vida dessas mulheres e de seus filhos uma vez que proporciona independência e empoderamento feminino fornecendo ferramentas para que deixem essas situações de violências e possam assumir a gerência de seus lares e os cuidados com seus filhos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme as pesquisas apontaram, o maior desafio para a efetivação desta política pública é a alocação de verba, o financiamento público.

No presente trabalho foi feita uma análise da PEC 188/2019 e o seu reflexo no Plano Nacional de Ensino e no Plano Municipal de Ensino constatando que não há nos governos uma prioridade orçamentária de investimento no ensino básico.

Em outro sentido, acerca da PEC 188/2019 propõe que não existam mais os programas suplementares de material didático, escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde” e afirma que os programas existentes seriam executados com recursos apenas dos estados, Distrito Federal e municípios. Para confirmar uma resposta positiva para a essa pergunta, a PEC 188/2019 do Senado propõe que os recursos da Contribuição do Salário-Educação sejam totalmente transferidos para esses entes federados, não ficando, portanto, nenhuma parcela na União.

Neste sentido, é possível notar um corte e esvaziamento da previsão orçamentária para suplantam a ampliação das creches e conseqüentemente atingir a meta da quantidade de vagas e crianças matriculadas.

A terceirização das vagas nas creches também deve ser vista com cautela, uma vez que são uma solução paliativa em curto prazo, muitas vezes acabam por se tornarem soluções definitivas e os municípios deixam de investir na construção de novas unidades para assinar convênios com Centros de Educação Infantil (CEIs) privados. Essa prática deve ser criticada por aumentar o gasto com educação infantil no longo prazo, além de dificultar a fiscalização popular das unidades e precarizar as condições de trabalho das trabalhadoras na educação incluindo uma menor renda e direitos trabalhistas.

Desta forma concluímos que o investimento em políticas públicas de educação infantil, especificamente na construção de creches públicas, é de extrema importância não apenas como um direito das crianças e das famílias, mas principalmente das mães trabalhadoras. Tais políticas influenciam diretamente no bem-estar das famílias e na geração de renda, no desenvolvimento educacional, cultural e social da população das classes mais baixas, pois geram um impacto em várias outras áreas de forma integrada com a educação, como a saúde, cultura, desenvolvimento econômico, diminuição das desigualdades sociais e de gênero, fortalecimento das instituições.

REFERÊNCIAS

A POLÍTICA DE PRIORIZAÇÃO DE VAGAS NA CRECHE NO MUNICÍPIO DE CURITIBA. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/318484453_A_politica_de_priorizacao_de_vagas_na_creche_no_municipio_de_Curitiba. Acesso em 25 de novembro de 2022.

BRASIL. Constituição Federal 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. Estatuto da Criança e adolescente. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/publicacoes/o-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Lei nº11.947/2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11947.htm. Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. ATENDIMENTO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR E DO PROGRAMA DINHEIRO DIRETO NA ESCOLA AOS ALUNOS DA EDUCAÇÃO BÁSICA. Lei nº13.005/2014. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=13005&ano=2014&ato=8b4gXWE9ENVpWT136>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. Relatório de monitoramento do PNE. Disponível em: <https://www.gov.br/inep/pt-br/areas-de-atuacao/gestao-do-conhecimento-e-estudos-educacionais/estudos-educacionais/relatorios-de-monitoramento-do-pne>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

CRIANÇAS QUE MAIS PRECISAM DE CRECHE AINDA TÊM POUCO ACESSO. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2022-03/criancas-que-mais-precisam-de-creches-ainda-tem-pouco-acesso>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

MAIS DE 18 MILHÕES DE CRIANÇAS VIVEM EM SITUAÇÃO DE FOME NO BRASIL. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/mas-de-18-milhoes-de-criancas-vivem-em-situacao-de-fome-no-brasil/>. Acesso em 24 janeiro de 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>> Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos> Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-dos-direitos-econ%C3%B4micos-sociais-e-culturais> Acesso em 25 de novembro de 2022.

_____. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

ORÇAMENTO DE 2023 PROPOSTO POR BOLSONARO CORTA 97,5% DOS RECURSOS PARA NOVAS CRECHES: SÓ HÁ DINHEIRO PARA CINCO ESCOLAS. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/noticia/2022/10/orcamento-de-2023-proposto-por-bolsonaro-corta-975percent-dos-recursos-para-novas-creches-so-ha-dinheiro-para-cinco-escolas.ghtml>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE CURITIBA. Plano municipal de educação. Lei nº 14.681/2015. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/plano-municipal-de-educacao-curitiba-pr>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

RECORDE DE CRIANÇAS PASSANDO FOME NO BRASIL REFORÇA NECESSIDADE DA PEC DA TRANSIÇÃO. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/record-de-criancas-passando-fome-no-brasil-reforca-necessidade-da-pec-da-transi-a876#:~:text=A%20alta%20de%202020%20para,8%2C9%25%20em%202020>. Acesso em 25 de novembro de 2022.

RETORNO DO BRASIL AO MAPA DA FOME DA ONU PREOCUPA SENADORES E ESTUDIOSOS. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2022/10/retorno-do-brasil-ao-mapa-da-fome-da-onu-preocupa-senadores-e-estudiosos> Acesso em 25 de novembro de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tema 548. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5085176&numeroProcesso=1008166&classeProcesso=RE&numeroTema=548>. Acesso em 25 de novembro de 2022.



A proteção jurídica do autismo à luz da igualdade material

The legal protection of autism in the light of material equality

Leide Daiana da Silva Marques Ribeiro

Pedagoga. Discente do 9º Período do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Uninorte

Alynne Jandayra Eliamen da Costa

Advogada, docente do curso de Direito, pós-graduada em Advocacia Trabalhista pela Universidade de Ananguera, Pós Graduada em Ciências Forense pela Uninorte. Diretora Adjunta da Escola Superior da Advocacia da OAB/AC

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.16

RESUMO

O estudo aborda a proteção do Autismo, analisando-o à luz do princípio da igualdade, sobretudo a material – que trata sobre a igualdade numa ótica distinta e adaptada às necessidades específicas de cada pessoa, sem, contudo, representar uma distinção para com as demais. A proteção legal para o autismo foi oficialmente consolidada com a promulgação da Lei 12.764/2014, que garantiu os primeiros passos de inclusão da pessoa autista, que antes era tido apenas como incapaz. Num verdadeiro avanço rumo à tão falada igualdade, somente começamos a caminhar em passos largos a partir da promulgação da Lei n.º 13.146/2015, que reconheceu o Autismo como deficiência. A dita equiparação garantiu muito mais que uma nomenclatura, mas também proteção legal e a expansão de garantias, inclusive com fins previdenciários. Dessa forma, o artigo será dividido em duas partes: a primeira parte apresentará os transtornos do espectro do autismo e os problemas enfrentados por seus familiares no cotidiano; a segunda parte é principalmente de natureza jurídica, visando apresentar a legislação vigente no direito interno e direito estrangeiro e, por fim, analisar a eficácia da proteção jurídica concedida a essas pessoas com base no princípio da igualdade material. Nesse sentido, esta realização terá um conteúdo interdisciplinar e transitará no campo do direito e da sociedade, procurando sempre gerar um conteúdo sensível, dialogante e reflexivo. O método utilizado no desenvolvimento desta pesquisa é a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: transtorno de espectro autista. proteção legal. abordagem da lei nº 13.146/2015.

ABSTRACT

The study addresses the protection of Autism, analyzing it in the light of the principle of equality, especially the material one - which deals with equality from a different perspective and adapted to the specific needs of each person, without, however, representing a distinction with the others. . Legal protection for autism was officially consolidated with the enactment of Law 12,764/2014, which guaranteed the first steps towards the inclusion of the autistic person, who was previously considered only as incapable. In a true advance towards the so-called equality, we only started to walk in large steps from the enactment of Law n.º 13.146/2015, which recognized Autism as a disability. The so-called equivalence guaranteed much more than a nomenclature, but also legal protection and the expansion of guarantees, including for social security purposes. Thus, the article will be divided into two parts: the first part will present the autism spectrum disorders and the problems faced by their families in their daily lives; the second part is mainly of a legal nature, aiming to present the current legislation in domestic and foreign law and, finally, to analyze the effectiveness of the legal protection granted to these people based on the principle of material equality. In this sense, this realization will have an interdisciplinary content and will transit in the field of law and society, always seeking to generate sensitive, dialoguing and reflective content. The method used in the development of this research is bibliographical research.

Keywords: autism spectrum disorder. legal protection. approach to law no. 13,146/2015.

INTRODUÇÃO

O Transtorno do Espectro Autista, também referenciado pela sigla TEA, apresenta-se como um transtorno de desenvolvimento, no qual a pessoa portadora apresenta algumas dificuldades na convivência em sociedade, sendo possível identificá-la precocemente com ajuda de equipe multidisciplinar.

A proteção jurídica à indivíduos com o TEA ganhou abrangência e relevância a partir da Lei Berenice Piana que instituiu a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, sendo a primeira legislação a considerar o autista como pessoa com deficiência – PCD. Antes da promulgação desta, essas pessoas com autismo eram tratadas como pessoas típicas e capazes perante a legislação, o que sem dúvida interferia negativamente na inclusão e garantias sociais e jurídicas dessa população.

O interesse em se aprofundar no assunto e a escolha pelo tema foi incentivada pela realidade fática vivida diuturnamente por mim, discente, em ser mãe de uma criança atípica, motivada pelo instinto materno e protetor em garantir não só os direitos que lhes assistem, mas também uma vida mais confortável e inclusiva diante de suas dificuldades.

Dessa forma, realizou-se uma análise crítica sobre o tema, focada numa abordagem legal guiada pela inclusão por meio da igualdade material, com enfoque na legislação pertinente e a realidade fática e social vivida pelo portador do TEA.

Com base nessa proposta, foi realizada uma análise dos aspectos gerais do problema e as características dos indivíduos com esse transtorno do desenvolvimento, de modo a ser examinado o impacto que a equiparação desses indivíduos com deficiência tem em nosso quadro legislativo.

Apresentar-se-á as principais legislações sobre o tema, principalmente sobre os direitos à saúde, educação, trabalho e previdência, e sempre explicaremos como esses direitos estão dispostos na Constituição Federal. Todas essas análises legislativas serão pautadas pela positividade das garantias, com base no princípio da igualdade material, como corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, buscou-se verificar a validade da legislação para se concluir se esta representa proteção para tais indivíduos, ou se elas estão desprivilegiadas como eram antes da equiparação entre elas e deficientes.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AUTISMO Á LUZ DA IGUALDADE MATERIAL

Do transtorno do espectro autista

O transtorno do espectro do autismo é caracterizado por um distúrbio do neurodesenvolvimento que resulta em déficits no desempenho comportamental, na comunicação e na interação social e no estabelecimento de padrões comportamentais repetitivos e estereotipados (SANTOS; VIEIRA, 2017).

Este transtorno reúne várias desordens do neurodesenvolvimento desde o nascimento

ou no começo da primeira infância. São eles: Autismo na Primeira Infância, Autismo na Infância, Autismo de Kanner, Autismo de Alto Funcionamento, Autismo Atípico, Transtorno Invasivo do Desenvolvimento Sem Outra Especificação, Transtorno Desintegrativo na Infância e Síndrome de Asperger (LOPES; REZENDE, 2021).

Indivíduos com esse transtorno podem apresentar déficits na comunicação ou nas interações sociais (por exemplo, linguagem verbal ou não-verbal e reciprocidade socioemocional) e padrões comportamentais repetitivos e restritos, como movimento sustentado, interesses fixos e acesso a estímulos sensoriais. Todos os autistas têm essas dificuldades, resultando em situações muito específicas. Embora ainda seja conhecido como autismo infantil, pelo fato do diagnóstico ser tão comum em crianças e até lactentes, o transtorno é uma condição permanente que acompanha todas as fases da vida de uma pessoa (GOMES; PAIVA, 2017).

Santos (2017) diz que as causas do TEA ainda são desconhecidas, mas a pesquisa científica tem se concentrado principalmente no estudo da suscetibilidade genética, que são tanto as mutações espontâneas que ocorrem durante o desenvolvimento fetal, quanto a transmissão parental. genética para crianças. No entanto, a pesquisa sugere que os fatores genéticos representam apenas metade do risco de desenvolver a doença. Fatores ambientais que afetam o feto, como estresse, infecção, exposição a substâncias tóxicas, complicações durante a gravidez e desequilíbrios metabólicos, foram considerados igualmente prováveis de causar o distúrbio.

Apesar de ser uma condição bastante recente, a síndrome não foi incluída na versão de 1993 da Classificação Internacional de Doenças da OMS (Organização Mundial da Saúde). Além disso, em 2013, o autismo foi oficialmente designado como um transtorno do espectro autista devido ao reconhecimento de que existem múltiplos tipos de autismo.

Esta condição é caracterizada por uma falta persistente de interação social e comunicação. Hoje, a causa exata do autismo ainda é desconhecida, o que significa que o diagnóstico é baseado principalmente no comportamento do paciente. Existem diversas variedades de Autismo, que serão discutidas em tópicos posteriores (SANTOS; VIEIRA, 2017).

Síndrome de Asperger

Hans Asperger (1906-1980), um médico austríaco, que primeiro cunhou o termo transtorno do espectro do autismo, Síndrome de Asperger, em 1944, descreveu a condição como hiper foco ou um interesse especial em um determinado assunto.

A síndrome é considerada a forma menos grave de autismo e é mais comum em meninos do que em meninas. Normalmente, quem tem essa condição tem inteligência superior à da pessoa comum, isso também é conhecido como autismo de alto funcionamento (REZENDE, LOPES, 2021).

Ainda, segundo Lopes e Rezende (2021), a síndrome de Asperger é uma condição do espectro do autismo que geralmente apresenta maiores adaptações funcionais. As pessoas com essa condição podem ser desajeitadas nas interações sociais e interessadas em saber tudo sobre um determinado assunto, o que chamamos de hiper foco. Além disso, irritam-se facilmente (sons baixos, altos, repetitivos, mudanças na rotina, muita gente ao redor) e incomodam-se com barulho. Às vezes, a coordenação motora é ruim e os distúrbios do sono também são comuns.

A pesquisa também aponta para a importância do diagnóstico precoce como medida preventiva para a saúde mental a longo prazo. Portanto, adultos podem ser mais suscetíveis a depressão e transtornos de ansiedade se a síndrome não for diagnosticada na infância.

Transtorno invasivo do desenvolvimento

O transtorno invasivo do desenvolvimento, também conhecido como TID, está associado a dificuldades marcantes com social e comunicação. Ao longo da pesquisa realizada por especialistas, outras categorias foram encontradas.

Esse tipo de autismo é considerado “estágio intermediário” e é classificado como um pouco mais grave que o de Asperger, mas não tão grave quanto o autismo. Nesse caso, os sintomas são altamente variáveis e os pacientes apresentam uma quantidade menor de comportamento repetitivo, dificuldades de interação social e habilidades de linguagem menores que as de Asperger, mas melhores que as do autismo. As crianças com esses distúrbios costumam ter pensamentos confusos e muitas vezes têm dificuldade em entender o mundo ao seu redor (SANTOS; VIEIRA, 2017).

O detalhe é que, embora existam fortes indícios de que o TID pode ser notado nos primeiros meses de vida, a medicina só trabalha nesse reconhecimento quando a criança está mais perto dos 5 ou 6 anos. Embora a condição comece antes dos 3 anos de idade, os pais muitas vezes não percebem o problema até que seu filho não consiga andar, falar ou se desenvolver como outras crianças de sua idade.

Ao contrário da crença popular em meados do século 20, agora é universalmente aceito entre os pesquisadores que o PDD não é causado por doenças psicológicas, particularmente as dinâmicas. Este ponto merece destaque.

As intervenções do TID requerem um esforço colaborativo de uma equipe com diversas habilidades. Assim como lidar com o autismo, é imperativo identificar as características únicas de um indivíduo para que o tratamento e os remédios desenvolvidos possam melhorar seu padrão de vida.

Transtorno autista

O Transtorno do Espectro Autista, particularmente o Transtorno Autista, é caracterizado por sintomas mais pronunciados em comparação com outros tipos de autismo. A condição tem um impacto mais significativo nas interações sociais, cognição e habilidades linguísticas. Além disso, comportamentos repetitivos costumam ser observados com maior frequência e intensidade (LOPES; REZENDE, 2021).

A forma arquetípica de autismo é normalmente identificada antes de a criança completar três anos. Isso é comumente referido como o tipo “clássico” de autismo. O diagnóstico do autismo depende muito da avaliação clínica, onde psiquiatras e neurologistas observam o comportamento do paciente e conduzem entrevistas com os cuidadores. Enquanto psicólogos treinados em autismo podem aconselhar sobre avaliações adicionais ou encaminhamentos médicos para garantir que o diagnóstico reflita com precisão a condição do paciente. Esse esforço colaborativo culmina em um diagnóstico abrangente e preciso.

O Transtorno do Espectro Autista é caracterizado por graus variados de gravidade dos sintomas, com o nível de dependência e necessidade de suporte distinguindo os diferentes graus. Vale a pena notar que, antes de 2013, o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais classificava o autismo em três tipos: transtorno autista, Síndrome de Asperger e transtorno invasivo do desenvolvimento não especificado, sendo, este último, composto por um grupo heterogêneo de indivíduos que tendem a exibir comportamento rígido, são intolerantes à mudança e experimentam explosões de raiva e acessos de raiva quando obedecem às exigências de seu ambiente ou até mesmo mudanças de rotinas. Hoje, todos fazem parte de um único diagnóstico, o Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Graus de autismo e suas limitações

O TEA ou Transtorno do Espectro Autista, pode ser categorizado com base no nível de apoio e dependência necessários. O autismo pode ser classificado como leve, moderado ou grave. No Brasil, foram implantados dois manuais para diagnosticar transtornos do desenvolvimento – o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM) e a Classificação Internacional de Doenças (CID). O DSM, atualmente em sua quinta edição, e o CID, em sua 10ª edição, com os EUA seguindo a 11ª edição do CID. Ambos os manuais classificam o autismo como uma forma de transtorno do desenvolvimento.

Os indivíduos do Nível 1, também conhecido como Grau Leve, requerem assistência mínima, vivenciam dificuldades de comunicação que não impedem sua socialização. Sua capacidade de planejar e organizar pode, no entanto, limitar sua autonomia. Embora este nível não seja considerado um diagnóstico médico formal, é comumente usado na comunidade de saúde e inclui o termo como uma descrição de indivíduos com transtorno do espectro do autismo que são capazes de realizar tarefas cotidianas, como se comunicar, ler, escrever e tomar cuidado de si mesmos de forma independente.

Os sintomas são leves, o que dificulta a identificação precoce. Normalmente, eles não são reconhecidos até que a criança tenha 2 ou 3 anos de idade, quando as crianças começam a interagir com outras pessoas com mais frequência e a executar tarefas mais complexas, podendo ser observadas por familiares, estranhos ou professores. Os sintomas do TEA de nível 1, ou “autismo leve”, são categorizados em 3 áreas: problemas de comunicação, problemas sociais e mudanças comportamentais.

Moderado (Grau 2) apresenta déficits nas habilidades de comunicação verbal e não verbal, mas menos intensos que o Grau 3 (grave). Devido às dificuldades de linguagem, eles precisam de apoio acadêmico e social.

Nesse nível, as pessoas apresentam dificuldade acentuada com a comunicação verbal e não verbal. Suas habilidades sociais são limitadas. Para o observador casual, sua rigidez é óbvia. As crianças com esse transtorno apresentam características como: pouco ou nenhum contato visual; tolerância ao toque; preferência por objetos que não interessam aos outros; brincar de forma diferente das outras crianças.

Por fim, em Gravidade (Grau 3), as pessoas precisam de mais apoio porque têm graves deficiências de comunicação. Eles também têm muitas dificuldades sociais e comprometimento cognitivo. Eles tendem a ser socialmente isolados e podem exibir um alto grau de flexibilidade

comportamental.

É considerado um distúrbio de desenvolvimento grave que prejudica a capacidade de um indivíduo se comunicar e interagir com os outros. O autismo faz parte de um espectro de distúrbios que limitam a capacidade, a interação social, o comportamento e a comunicação verbal e não verbal.

Esta condição é considerada a mais grave do espectro do autismo e a menos comum. A criança segue uma progressão típica de desenvolvimento, mas entre os 2 e 4 anos começa a perder suas habilidades intelectuais, linguísticas e sociais sem poder recuperá-las.

RECONHECIMENTO DO AUTISMO COMO DEFICIÊNCIA – LEI BERENICE PIANA

Este distúrbio é considerado o mais grave e menos comum no espectro do autismo. A criança tem um período normal de desenvolvimento, mas dos 2 aos 4 anos começa a perder suas habilidades intelectuais, de linguagem e sociais e nunca mais as recupera.

A Lei nº 12.764 de 2012 (BRASIL, 2012), a Lei Berenice Piana, implementa os direitos das pessoas com autismo e de seus familiares nas diversas esferas da sociedade. Com essa legislação, as pessoas no espectro do autismo passaram a ser consideradas deficientes em todos os sentidos legais e, portanto, titulares dos mesmos direitos garantidos.

A legislação estabelece uma política nacional para proteger os direitos das pessoas com autismo, dando às pessoas com autismo o direito ao diagnóstico precoce, tratamento e medicação por meio do Sistema Único de Saúde; acesso à educação e proteção social; e o direito ao trabalho. É o maior marco legislativo até agora, um movimento em direção à tão almejada igualdade material, somada à Lei Brasileira de Inclusão (LBI) (BRASIL, 2015) e à Convenção de Direitos da Pessoa Com Deficiência.

A Lei Berenice Piana (BRASIL, 2012) afirma que as pessoas com autismo têm os mesmos direitos que as pessoas com deficiência, garantindo que as pessoas com autismo e suas famílias desfrutem de educação especializada garantida pelo estado. Desde sua criação, a Lei Berenice Piana passou por diversas alterações com a edição de novas legislações, como a Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015) e a Lei Romeo Mion (BRASIL, 2020).

Reconhecimento do autismo como deficiência – lei brasileira de inclusão (13.146/2015)

A Lei Brasileira de Inclusão (BRASIL, 2015), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, visa salvaguardar e promover as liberdades básicas dos indivíduos com deficiência. Este estatuto serve como um modelo de imparcialidade e integração, defendendo os direitos das pessoas com deficiência de trabalhar e conduzir suas vidas em circunstâncias imparciais que evitam exclusão, preconceito ou fanatismo.

Anteriormente, existia a visão de que a deficiência era uma condição. Hoje, a lei traz uma perspectiva diferente para a definição do termo “deficiência”. Se antes era visto como uma condição, agora é entendido como uma situação espacial (física ou social) que não consegue

acolhê-los adequadamente.

A lei de inclusão do Brasil mostra que a deficiência realmente existe nos espaços que ocupamos, não nas pessoas. Pessoas com deficiência são cidades, empresas e sociedades que não oferecem condições adequadas para todos. Quanto mais acesso e oportunidades dermos às pessoas, menos dificuldades enfrentaremos.

No que diz respeito ao direito à educação, a lei garante que as pessoas com deficiência tenham acesso a um sistema educacional inclusivo em todos os níveis e modalidades, bem como à aprendizagem ao longo da vida. Além disso, prevê medidas individuais e em grupo e a disponibilização de profissionais de apoio em um ambiente que maximize o desenvolvimento acadêmico e social dos alunos com deficiência, sem custo adicional para as escolas por esse atendimento.

Como cidadãos PCD, a sociedade é obrigada a oferecer atendimento prioritário aos indivíduos com deficiência em serviços públicos selecionados por lei. Esta prioridade adicional complementa a que já é obrigatória para outros serviços, como bancos e supermercados. Notavelmente, esses serviços incluem proteção e cuidado em todas as situações; acesso a serviços e instituições públicas de assistência; transporte público conveniente e seguro com pontos de ônibus, terminais e paradas acessíveis; e possíveis abatimentos de imposto de renda, para citar alguns (BRASIL, 2015).

O alicerce do referido ordenamento jurídico encontra-se na Constituição Federal, tornando-a regra primordial. Toda lei deve cumprir os princípios orientadores que defende. Um dos resultados mais significativos da Convenção Constitucional de 1988 foi a garantia dos direitos essenciais, que devem ser universalmente disponíveis a todos os cidadãos. O artigo 5º reconhece explicitamente que todo cidadão deve gozar de igualdade de condições e direitos, ainda que possua particularidades únicas (BRASIL, 1988).

Martha Nussbaum (2013) defendeu a necessidade de proteções legais para pessoas com deficiência, que ela argumenta serem essenciais para uma sociedade justa e digna. Alcançar uma sociedade justa e equitativa exige o reconhecimento da igualdade de cidadania entre os indivíduos, incluindo aqueles com deficiência mental ou física. Cuidados e apoio adequados precisam ser fornecidos para permitir que eles contribuam para a sociedade e enfrentem os desafios que surgem devido às suas deficiências. Além disso, é crucial reconhecer que as experiências humanas “normais” também podem levar a lesões, deficiências ou dependência. Assim, existe uma forte ligação entre a vida dos indivíduos com deficiência e daqueles considerados “normais” (NUSSBAUM, 2013).

Desta feita, cabe ao Estado garantir esses direitos, que muitas vezes não são garantidos aos indivíduos que necessitam de tratamento especial, como as pessoas com deficiência. Essa obrigação do estado está claramente definida na Lei de Apoio à Deficiência, que entrou em vigor em 1989 (BRASIL, 1989), cujo artigo 2º declara que governo e suas agências devem garantir que as pessoas com deficiência tenham acesso a todos os seus direitos básicos, incluindo o direito à educação, saúde, emprego, recreação, previdência social, pensão alimentícia e maternidade, bem como outros direitos derivados da Constituição e do leis que promulgam. seu próprio bem-estar. Estes incluem, mas não estão limitados a, bem-estar social e econômico.

Visando alcançar tal objetivo, foi sancionada o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que traz, entre outros, a definição legal do termo deficiência, explanada em seu artigo 2º da Lei, que dispõe:

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo e natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2015).

A validação dos déficits deve ser realizada por uma equipe multidisciplinar que considerará as funções e estruturas do corpo, aspectos psicológicos, limitações na atividade e na participação (BRASIL, 2015). Uma vez reconhecida a deficiência, o indivíduo é abrangido pelo Regulamento de Proteção das Pessoas com Deficiência, que visa alcançar a inclusão e a não discriminação na sociedade das pessoas com deficiência.

De fato, o Estatuto acabou por consolidar as ideias imutáveis contidas na Convenção de Nova York, tratado internacional de direitos humanos firmado pelo país e inserido no ordenamento jurídico por emenda à Constituição. 5.º, § 3.º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e Decreto 6.949/09 (BRASIL, 2009). O artigo 3º do tratado, que tem como princípios a plena igualdade das pessoas com deficiência e sua autonomia inclusiva, recomenda as seguintes medidas para abolir todos os diplomas legais que tratem as pessoas com deficiência de forma discriminatória (TARTUCE, 2017, p. 121).

O Artigo 4 da lei afirma que toda pessoa com deficiência tem o direito de participar da sociedade da mesma forma que as outras pessoas e não ser discriminada por sua deficiência. (BRASIL, 2015). Pessoas com deficiência são compreendidas pela legislação como pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA). Portanto, o referido diploma afirma que as circunstâncias especiais criadas pela deficiência não os privam de seus direitos como cidadãos, mas devem ter oportunidades de trabalho, educação e convivência em sociedade, os quais são garantidos pelo Estatuto e demais normas vigentes. E é exatamente aqui que se debate sobre a inclusão e a tão falada igualdade material, que abordaremos mais adiante.

Lei Romeo Mion

A recém-promulgada Lei 13.977 de 2020 - a Lei Romeo Mion (BRASIL, 2020), garantiu mais direitos às pessoas com autismo, alterando parte da Lei 13.977 (BRASIL, 2015), dispendo sobre a emissão da Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (TEA). A lei leva o nome de Romeo Mion, um jovem de 16 anos com diagnóstico de autismo e filho do apresentador de TV Marcos Mion, que passa os dias lutando pela conscientização de pessoas com autismo busca o cumprimento de direitos não apenas para o filho Romeo, mas para todos no espectro.

A Romeo Mion Law criou a Carteira de Identificação de Pessoas com TEA – uma versão abreviada do CipTEA – ou seja, garante que todas as pessoas diagnosticadas com autismo tenham um documento que possam apresentar para informar sua condição. As licenças devem ser emitidas gratuitamente, sob a responsabilidade dos governos estaduais e municipais, e têm validade de cinco anos. Não há dúvida de que este documento é um importante aliado para ajudar a fortalecer e garantir os direitos das pessoas com autismo, sendo um importante e reconhecida ferramenta de identificação.

Além de criar o CipTEA, a nova lei também garante vagas em escolas para crianças autistas, prioridade para autistas em serviços públicos e privados e a obrigatoriedade de os cinemas oferecerem determinadas exibições mensais para pessoas com autismo.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DO AUTISMO: IGUALDADE MATERIAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), que instituiu o Estado Democrático de Direito, consagra em seus dispositivos implacáveis a proteção de todos os cidadãos sujeitos à jurisdição estatal dos direitos e garantias fundamentais necessários para uma vida digna (NICZ, 2010). No entanto, também existem algumas pessoas que, devido às suas condições especiais, exigem que o Estado intensifique a regulamentação para efetivar de forma ativa e efetiva o exercício desses direitos, incluindo aqueles com o chamado Transtorno do Espectro Autista (TEA).

Como mencionado anteriormente, o Transtorno do Espectro Autista é uma síndrome que interfere no comportamento individual devido a uma grave falta de comunicação e interação social, em graus variados. Dada a sua situação particular, surgiram questionamentos sobre os direitos dos portadores de TEA resguardados e consagrados em estatutos próprios pelo ordenamento jurídico brasileiro, que mudou nos últimos anos devido à conscientização mundial sobre o autismo.

Ao equiparar as pessoas com autismo ao mesmo patamar das pessoas com deficiência, traz discussões sobre igualdade, inclusão e a importância da legislação (no caso, leis) e da implementação de políticas públicas para garantir que não só viva com qualidade, mas trate todos igualmente, como preconiza a Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Luís Roberto Barroso (2015) define o direito como uma invenção humana, um fenômeno histórico e cultural, visto como uma tecnologia de resolução de conflitos e uma ferramenta de apaziguamento social. Porém, além do papel de mediador, ganha destaque também o papel do direito na promoção da inclusão social.

A Constituição brasileira estabelece claramente que o ordenamento jurídico respeita o princípio da isonomia na interpretação das normas de proteção a todos os grupos, inclusive as minorias. A respeito desse princípio, Rui Barbosa (1997) o definiu como o primeiro princípio, dizendo que a regra da igualdade não consiste em distribuir desigualmente os desiguais, desde que sejam desiguais. É nessa desigualdade social, proporcional à desigualdade natural, que se encontra a verdadeira lei da igualdade”, acrescentando: “Igualdade com igualdade, ou desigualdade com igualdade, seria desigualdade absoluta, não igualdade verdadeira.

O princípio da igualdade é entendido em sentido amplo e representa uma garantia fundamental para a edição de normas que promovam a integração social das minorias. Ferreira (2015) defende que a igualdade não exclui a diferenciação devido à diversidade de situações. O autor explica que o mundo contemporâneo está preocupado em compensar as desigualdades de riqueza, educação e apoiar os necessitados, trabalhadores e membros de grupos minoritários.

Ferreira (2015) também o faz descrevendo a possibilidade da chamada discriminação positiva, no qual esses padrões seriam a resposta à discriminação do passado contra esses grupos. Teriam uma “discriminação positiva”, na medida em que seriam uma resposta a práticas

e normas discriminatórias mais significativas para os referidos grupos e causadoras das suas atuais desvantagens. Seriam legítimos em face da igualdade, pois proporcionam um tratamento benéfico que corresponde à desvantagem existente.

Este princípio, que já foi explorado como tal antes, está vinculado ao princípio da dignidade humana e também justifica a promulgação de leis específicas para proteger os direitos das pessoas com Transtorno do Espectro Autista (TEA) para permitir que elas participem de assistência social, saúde e sistemas de educação. A principal de todas as leis que tratam do assunto é a Lei nº 12.764/2012 (BRASIL, 2012), projeto da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, que produziu autismo a partir das propostas legislativas apresentadas pela Associação para a Defesa do Autista.

O texto legislativo trouxe muitos avanços, principalmente ao facilitar a inclusão de distúrbios no rol de pessoas com deficiência, garantindo assim a todos os portadores os direitos já conquistados pela Lei da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015). Além disso, em seu artigo 3º, prevê atendimento multidisciplinar, tratamento medicamentoso e acesso à educação, moradia, mercado de trabalho, previdência e assistência social.

Santos e Vieira (2017) afirmam que as inovações conquistadas por meio dessa lei abrem caminho para que a sociedade não apenas reconheça o que é um transtorno do espectro do autismo, mas também acolha a especificidade do sujeito portador no que diz respeito à integridade do autista diante de sua singularidade.

Como resultado, é importante reconhecer que, além da legislação brasileira, o país se beneficia das conquistas da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2006). Adicionalmente, o ordenamento jurídico brasileiro é derivado dos tratados internacionais com força legal que promovem a proteção da igualdade, da dignidade e dos direitos humanos. Exemplos incluem a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (1948), a Declaração sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (1975) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência (1999).

Essa legislação preocupa-se com a proteção dos indivíduos com o espectro do autismo, porém, é imprescindível a análise das normas jurídicas pertinentes à sociedade brasileira. Um dos temas mais significativos a serem discutidos é se eles podem ou não garantir a inclusão e evitar a discriminação nas escolas contra pessoas com deficiência.

Além disso, sob o preceito legal, entende-se que existe o direito positivo de que os Estados sejam obrigados a intervir e estimular pesquisas neste campo a fim de promover métodos para a identificação rápida e eficiente de patologias, o que considera não apenas a análise comportamental de indivíduos, também o estudo da genética do transtorno (NOVELINO, 2010).

Os tratados internacionais ratificados pelo governo brasileiro, bem como a Constituição de 1988 e leis complementares sobre o tema, contribuem para o direito das pessoas com TEA à inclusão educacional, assistência médica adequada e assistência social. No entanto, é compreensível que, embora o desenvolvimento da lei tenha trazido proteções ao indivíduo, ainda há a necessidade de criar as ferramentas que tornem essas palavras tão bem escritas nos textos legais que tenham validade e vigência além do papel e consigam atingir a realidade social, em todos os contextos da sociedade brasileira (FERREIRA, 2015).

Sobre esta questão, Gomes e Paiva (2017) acrescentou que para o desenvolvimento dos indivíduos com autismo são necessárias intervenções, dependendo das habilidades sociais e cognitivas das crianças com autismo, estimulando a interação social e as formas de comunicação verbal e não verbal. Por isso a importância da etapa de diagnóstico, pois quanto mais cedo for feita a identificação, mais cedo as famílias poderão utilizar os instrumentos legislativos para garantir a inclusão do menor no sistema educacional adequado. Segundo os autores, a intervenção terapêutica tem um carácter multidisciplinar e assenta numa melhor compreensão do seu comportamento, programas educativos e programas de comunicação e linguagem.

Assim, a função da lei, ao lado das ações do Estado, é promover uma sociedade inclusiva e que facilite métodos acessíveis para pessoas com autismo e outras deficiências. Isso estaria de acordo com os princípios constitucionais, permitindo que todos usufríssem das mesmas oportunidades de crescimento.

Igualdade Formal X Igualdade Material

Igualdade formal

A igualdade formal inclui o tratamento igualitário dos indivíduos perante a lei, destinada a submeter todos ao escrutínio da legislação, independentemente de raça, cor, sexo, credo ou origem nacional. No entanto, essa igualdade formal não é suficiente, pois ignora a particularidade e particularidade dos indivíduos e grupos sociais vulneráveis, não garante a eles as mesmas oportunidades que os demais e viola a intenção original de equidade.

É nesta esfera que surge a crise do liberalismo estatal, pois a neutralidade do Estado cria inúmeras situações de injustiça, pois a igualdade puramente formalista beneficia apenas a parcela elitista da sociedade, em detrimento dos mais fracos.

À medida que o estado de bem-estar evoluiu, o conceito de igualdade foi reintroduzido. O governo tem uma natureza paternalista que promove os indefesos e faz valer seus direitos fundamentais. Nesse contexto, o conceito de igualdade tem um significado substantivo, que não se limita ao plano legal ou jurídico-legal, mas inclui as ações positivas do Estado (ALEXY, 2008).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) é a norma primeira do ordenamento jurídico vigente, portanto todas as demais leis devem se conformar aos princípios primordiais nela estabelecidos. Um dos aspectos mais significativos da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) foi a estipulação dos direitos fundamentais, direitos estes que devem ser conferidos a todos os cidadãos.

O artigo 5º da Constituição Federal reconhece especificamente que todos os cidadãos devem ter as mesmas oportunidades e direitos, ainda que possuam especializações únicas (BRASIL, 1988). O princípio da igualdade estipula a igualdade de capacidade dos cidadãos e a possibilidade de facto de gozarem de igualdade de tratamento perante a lei. Por esse princípio, são vedadas distinções arbitrárias e absurdas, que não possam ser justificadas pelos valores da Constituição Federal, e que tenham por finalidade limitar a atuação de legisladores, intérpretes ou autoridades públicas, bem como de indivíduos.

O princípio constitucional da igualdade opera em dois níveis diferentes. De um lado, perante o legislador ou o executivo, respectivamente, promulgar leis, atos normativos e medidas provisórias para evitar que discriminem abusivamente pessoas na mesma situação. Em outro

nível, os intérpretes, essencialmente autoridades públicas, são obrigados a aplicar as leis e os comportamentos normativos de maneira igualitária e não baseada em diferenças baseadas em gênero, religião, crenças filosóficas ou políticas, raça e classe social (ARAÚJO, 1992).

Como resultado, conclui-se que o princípio constitucional da isonomia consagrado no art. todos, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, condição econômica, orientação sexual, filiação política ou crença religiosa, igualdade de tratamento perante a lei, ou ainda igualdade material ou substancial.

O artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante tanto a igualdade formal perante a lei quanto a igualdade material com base em critérios específicos. O que se deseja é a igualdade proporcional, pois as situações resultantes da desigualdade não podem ser tratadas de forma igualitária. A lógica que fundamenta a compreensão do princípio da isonomia tem um propósito direto: distribuir as coisas igualmente e as situações desiguais desigualmente. (BULLOS, 2002).

Igualdade material

A igualdade material visa tornar iguais aqueles que são inerentemente desiguais. É sabido que as diferenças entre as pessoas tendem a ser superadas quando estão sujeitas às mesmas leis, o que acaba por agravar as desigualdades existentes. Portanto, é necessário que os legisladores estejam atentos a essa realidade e adaptem os direitos às particularidades dos indivíduos, levando em consideração os diferentes aspectos existentes na sociedade.

De acordo com o professor Marcelo Novelino (2010), “igualdade não deve ser confundida com homogeneidade.” Como resultado, a lei deve distinguir entre os indivíduos, uma vez que eles são fundamentalmente diferentes e, portanto, deve tratar todos os indivíduos igualmente e não tratar um de forma diferente do outro com base em suas diferenças.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) garante a igualdade formal e promove a busca pela igualdade substantiva. O artigo 5º da Carta Magna estabelece as disposições gerais do chamado princípio da isonomia ou isonomia, cujo objetivo é prevenir qualquer discriminação ou distinção injustificada entre os indivíduos, conforme segue:

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988)

Como resultado, na busca da igualdade substantiva, o legislador tem o direito legítimo de fazer distinções que beneficiem indivíduos e grupos menos privilegiados. Historicamente, negros, mulheres e idosos sempre vivenciaram privações sociais.

Conforme explicitou Novelino (2010), para ser compatível com o princípio da isonomia, o único fator discriminante deve ter uma justificativa racional que promova um objetivo constitucionalmente consagrado. Os critérios empregados na distinção devem ser objetivos, legítimos e proporcionais. Não há dúvida de que o princípio da igualdade é um assunto extremamente complexo, e só pode ser compreendido analisando suas origens históricas e evolução histórica.

Como meio de regulação da sociedade, o sistema unitário adquiriu, assim, um caráter substancial em detrimento da luta social e dos movimentos revolucionários, tornando-se uma

valiosa ferramenta em favor das minorias.

A ideia aristotélica de “tratar-se de igual para igual, não se tratar de igual para igual, e cada um pegar o que precisa” atingiu seu ápice com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), embora ainda esteja longe da plena aplicação do princípio da lei igual. Nesse sentido, o eleitor de 1988 fez bem em identificar, sem medir esforços, a permanente busca pela igualdade do lado mais democrático e plural.

A maior legislação que representou um progresso real para pessoas com TEA é a Lei Berenice Piana (BRASIL, 2012), por meio da qual o autismo foi explicitamente representado em textos legais e outros documentos.

Fica claro, portanto, que a chamada igualdade só atinge o verdadeiro espírito de equidade quando analisada do ponto de vista material, desde que a desigualdade seja acolhida em sua medida de desigualdade, não como distinção, mas como inclusão, pelo fato de proporcionar igualdade de oportunidades e direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Transtorno do Espectro do Autismo (TEA) interfere no comportamento do cidadão, não há dúvida de que essa condição dificulta seu acesso a direitos básicos e sociais. Em comparação com a população em geral, as pessoas com autismo têm dificuldade de se comunicar, fator que dificulta a socialização e o alcance de determinados objetivos pessoais e profissionais.

Isso ocorre porque suas limitações exigem que eles exerçam um esforço maior do que os outros. Considerando que o distúrbio afeta a convivência com outras pessoas, são óbvias e especulativas as dificuldades que podem enfrentar no dia a dia, desde a alfabetização até o acesso ao mercado de trabalho - embora este seja um direito comum a todos os cidadãos, precisa ser reconhecido como direito fundamental pela Lei 12.764/2012.

Por meio de uma análise da teoria e jurisprudência que nortearam este estudo, conclui-se que a legislação nacional atual tem dado grandes passos na proteção das pessoas com autismo, não apenas por meio da Carta Magna de 1988, mas principalmente por meio do Tratado Internacional de Direitos Humanos e Leis 12.764/2012 e 13.146/2015. Embora ainda seja necessária a intervenção ativa do Estado por meio do poder judiciário para fazer cumprir a legislação, a legislação por si só ainda não é suficiente para combater a realidade da ignorância informacional, do preconceito e da sociedade vendada que insiste em tapar os olhos das pessoas como autistas.

No final, este estudo de natureza criticamente pessoal revelou-se esclarecedor e informativo. Esclarecer os direitos de ajudar as pessoas com autismo, especialmente devido às realidades vividas tão de perto com sua filha que foi recentemente diagnosticada com o espectro do autismo.

A inclusão não se limita à promulgação da legislação pertinente, mas inclui também o cumprimento, o monitoramento e a efetividade de tudo o que se luta. E a inclusão vai muito além da inclusão da criança na sala de aula, mas na sociedade como um todo, na sociedade, na educação e no cidadão comum. Conhecimento é libertação, mas neste caso o conhecimento dos pais e responsáveis garante a cidadania.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência: algumas dificuldades para efetivação dos direitos”. São Paulo, 1992, disponível em <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/8708>, Acesso em 25/10/2022

BARBOSA, Rui. Oração aos Moços. Ediouro Publicações S/A, 16ª edição, 1999.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 08 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm#:~:text=Esta%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20tem%20por%20objetivo,sua%20plena%20integra%C3%A7%C3%A3o%20%C3%A0%20sociedade. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Decreto nº 3.956, de 8 de outubro de 2001. Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3956.htm. Acesso em: 25 out. 2022

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.977, de 08 de janeiro de 2020. Altera a Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012 (Lei Berenice Piana), e a Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, para instituir a Carteira de Identificação da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista (Ciptea), e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13977.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm. Acesso em: 04 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA, Manoel Gonçalves. Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro –

4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Deivisson Catete; DE PAIVA, Ariane Rego. A inclusão social de pessoas com transtorno do espectro autista após a aprovação da Lei 12.764/2012: Um Estudo Sobre o Trabalho da Associação Casa de Brincar de Barra do Piraí - RJ. *Episteme Transversalis*, [S.l.], v. 7, n. 2, nov. 2017, Disponível Em: <http://revista.ugb.edu.br/ojs302/index.php/episteme/article/view/630>, Acesso em: 25 out. 2022

LOPES, Rosalia Maria De Rezende. REZENDE, Paulo Izidio Da Silva. O direito da pessoa com Transtorno do Espectro Autismo (TEA). *Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento*. ano 06, Ed. 05, Vol. 13, p. 65-82. maio de 2021. ISSN: 2448-0959. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/espectro-autismo>. Acesso em: 25 out. 2022.

LUÍS, Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 5. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2015.

Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais: DSM-5 / [American Psychiatric Association; tradução: Maria Inês Corrêa Nascimento ... *et al.*]; revisão técnica: Aristides Volpato Cordioli *et al.*, – 5. ed. – Porto Alegre: Artmed, 2014.

NICZ, Alvacir Alfredo. O princípio da igualdade e sua significação no Estado Democrático de Direito. *Âmbito Jurídico*, 2010, Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade-e-sua-significacao-no-estado-democratico-de-direito/>. Acesso em 25 out. 2023.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 4ª. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. *Educação e Justiça Social*. Portugal: Edições Pedagogo, 2014

SANTOS, Regina Kelly dos; VIEIRA, Antônia Maira Emelly Cabral da Silva. Transtorno Do Espectro Do Autismo (Tea): do reconhecimento à inclusão no âmbito educacional. v. 3 n. 1 (2017): *Universidade em Movimento: Educação, Diversidade e Práticas Inclusivas*. 2017, Acesso em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/includere/article/view/7413>. Acesso em: 25 out. 2022.

TARTUCE, Flávio. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e a capacidade testamentária ativa. *Revista Pensamento Jurídico*, v. 10, n. 2, 2017.

WELLS, R. H. C. *et al.* CID-10: classificação estatística internacional de doenças e problemas relacionados à saúde. São Paulo: EDUSP.



**Análises críticas sobre o tema:
delegado de polícia pode conceder
a dispensa de fiança e a liberdade
provisória ao preso em flagrante
quando este não puder arcar com o
valor mínimo legalmente estabelecido,
diante de sua hipossuficiência
econômica?**

Gutemberg José da Costa Marques Cabral

Possui graduação em direito pela UFPB, especialista em geografia pela UFPB, mestrado em direito pela UFC, doutorado pela UMSA-Argentina, professor de direito da FACET e delegado de polícia do estado da Paraíba.

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.17

RESUMO

O presente estudo versa sobre os resumos e análises críticas dos artigos selecionados de diversos autores sobre o delegado de polícia se pode conceder a dispensa de fiança e a liberdade provisória ao preso em flagrante, quando este não puder arcar com o valor mínimo legalmente estabelecido, diante de sua hipossuficiência econômica, ou seja, aponta a possibilidade de não arbitrar fiança ao indiciado por crime de menor porte quando flagranteado e atestado a sua condição de pobreza e que, por conseguinte a autoridade policial não deve responder a outro crime, constrangimento ou de prevaricação, devido ao seu ato ou omissão.

Palavras-chave: análise. polícia. liberdade. fiança. hipossuficiência.

INTRODUÇÃO

O presente se assemelha mais a uma organização de artigos de diversos autores ligados à atividade policial que abordam em seus pontos de vista de atores envolvidos na temática de arbitrar fiança e uma interpretação mais apurada de que o delegado de polícia, como autoridade policial pode dispensar fiança, quando se depara num flagrante delito dos limites dos tipos penais que lhe autoriza a fixar fiança na conformidade da legislação vigente. Concomitante poderá dispensá-lo ao constatar a condição de hipossuficiência do cidadão ou cidadã que devido ao seu status econômico e financeiro baixo não pode responder em liberdade porque não possui a mínima condição de pagar o menor valor de uma fiança.

Não obstante, a uma crítica literária, mesmo assim resolvi fazê-lo em razão de um caso concreto: um cidadão de idade de 69 anos estava vigiando em seu sítio sua lavoura, munido de espingarda, de fabricação artesanal soca-soca quando a polícia rural fazia a ronda numa guarnição de patrulha em que flagrou o cidadão com a arma de fogo sem posse e porte legal.

E diante do fato típico se tornou atípico devido às circunstâncias decorrido da interpretação de que, como autoridade policial deveria ou não deveria dispensar a fiança do cidadão pobre que foi pego em flagrante delito com arma de fogo que possuía de fato para proteger seu sítio de possíveis perigos de animais ou de pessoas que tinha intuito, o cidadão, está claro de apenas espantar estranhos.

Aí no momento do fato discorreu a dúvida, posso ou não posso dispensar a fiança no caso concreto? E se eu dispensasse e depois correria o perigo de responder ao crime de prevaricação ou na demora de responder ao crime de constrangimento?

Dessa forma paira a incerteza jurídica de uma parte da doutrina e jurisprudência de o favor e uma parte ser contra.

Portanto, usei responder a esse debate de narrar em síntese apertada os artigos acompanhados de resenhas de diversos autores da área policial, seus argumentos interpretativos do ponto de vista jurídico e zetético da realidade que o delegado e sua equipe a de enfrentar no cotidiano da delegacia de plantão e porque a polícia tem que ter resposta imediata e ela não há de dormir.

No artigo intitulado Novas regras da fiança arbitrada pelo delegado de polícia, o delegado Leonardo Borges Mendes e membro do SINDELPOL-RJ descreveu em síntese o seguinte.

“...A Lei nº 12.403/2011 que, não obstante as significativas alterações na Lei Processual Penal vigente, repercutirá diretamente sobre a atuação da Autoridade Policial no que tange as Medidas Cautelares, em especial, sobre os novos parâmetros ao Arbitramento da fiança.

Neste trabalho temos como objeto os reflexos da nova legislação no arbitramento da fiança pelo Delegado de Polícia.

A redação anterior do art. 322 do CPP já autorizava o arbitramento da fiança em sede policial nos casos de infração punida com detenção ou prisão simples. Mas, com o surgimento da Lei 9.099/95 e o consequente procedimento de Termo Circunstanciado poucas eram as hipóteses de aplicação da fiança na Delegacia.

A fiança policial retomou algum em vigor com as Leis 11.340/2006 e 11.705/2008. A primeira em seu art. 41 impede a aplicação da Lei 9.099/95 nos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além disso, alterou a pena máxima um para três anos no crime de lesão corporal leve qualificada pela violência doméstica (art. 129, §9 do CP), já que os crimes de violência doméstica respondem por grande quantidade de casos. A segunda lei modificou a redação do art. 306 do Código de Trânsito, aumentando consideravelmente os casos de prisão em flagrante por condução de veículo sob a influência de álcool, já que passou a exigir apenas o índice de alcoolemia independente da exposição de dano potencial à segurança do trânsito.

Contudo, ainda faltava racionalidade ao sistema, tendo em vista o descabimento de fiança policial nas infrações que admitem a pena alternativa, ou seja, com pena máxima de 04 anos (art. 44, I, do CP).

No novo sistema é possível a fiança policial em crimes com pena máxima não superior a quatro anos (art. 322 do CPP), sendo vedada em crimes: de racismo; hediondos e equiparados; cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 323).

É cabível atualmente, por exemplo, nos crimes de sequestro e cárcere privado (art. 148, caput do Código Penal), furto simples (art. 155, caput), apropriação indébita (art. 168, caput), receptação (art. 180, caput), violação de direito autoral (art. 184), coação no curso do processo (art. 344), fraude processual (art. 347, parágrafo único), porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e disparo de arma de fogo (arts. 14 e 15 da Lei 10.826/2003). Nestes crimes do Estatuto do Desarmamento a aplicação da fiança é possível em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo STF dos parágrafos únicos dos artigos 14 e 15, que previam a inafiançabilidade (ADIN 3.112-1).

Importante dispositivo é o art. 324, IV, que veda a concessão de fiança quando estiverem presentes os requisitos da prisão preventiva. Deve o Delegado negar a fiança motivadamente indicando a necessidade de manutenção do cárcere para o preso em flagrante, com base no disposto no art. 312 do CPP: “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como

garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

O artigo 325 traz os parâmetros para o arbitramento da fiança: “Art. 325. O valor da fiança será fixado pela autoridade que a conceder.

O arbitramento da fiança policial será entre um a cem salários mínimos. A redução de dois terços e o aumento até mil vezes também é aplicável ao Delegado. **Entendemos que a Autoridade Policial também pode dispensar a fiança, embora o dispositivo remeta ao artigo 350, que faz referência ao Juiz, o que não impede sua aplicação analógica.**”(grifo nosso).

Análise crítica: o autor fez um panorama das diversas situações tendo em vistas a lei do que estava postado na fase anterior e posterior alteração, dando respaldo em seguida para existência de conceder fiança ao cidadão que acabou de cometer um crime de menor porte e ao alcance da permissão que a autoridade policial possui em arbitrar fiança e justificar a liberdade provisória do indiciado a responder possivelmente ao processo judicial pelo crime praticado.

E finalmente o autor acima fez um rebate na sua conclusão de que concorda com a dispensa de fiança quando o cidadão comprova sua condição econômica e financeira precária se enquadrando na interpretação de pessoa hipossuficiente.

A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pela autoridade policial, segundo Sandro Vergal

Já Vergal entendeu que: “Visando conferir a maior eficácia possível aos Direitos Fundamentais do investigado, entende-se, por analogia, ser admissível ao Delegado de Polícia proceder dispensa de fiança, diante da hipossuficiência do cidadão autuado em flagrante delito, em respeito aos ditames dos artigos 326, §1º, I e 350, cominados com o artigo 3º do Código de Processo Penal.

A partir de uma interpretação sistemático-teleológica, postula-se que quando o legislador dispôs no art. 325 do CPP que o valor da fiança será fixado pela ‘**autoridade**’, **utilizou o termo para referir-se tanto à autoridade judiciária quanto à autoridade policial, pois o legislador, quanto quer tratar de regra genérica para essas duas autoridades, não adjetiva este termo,**(grifo nosso) e quando quer estabelecer uma ou outra, assim o faz, como ocorre no art. 321 do CPP, em relação ao juiz, e no art. 322 do CPP, no que se refere à autoridade policial.

No que tange à expressão “autoridade policial”, entende-se que ela se refere ao Delegado de Polícia de carreira, integrante da Polícia Civil ou da Polícia Federal, sendo os demais policiais ‘agentes da autoridade’. Neste sentido, advogam Mirabette, Nucci, Bitencourt, Oliveira, Tourinho Filho, entre outros.

Acompanhando este pensamento, ao término do I Seminário Integrado de Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo foi editada a Súmula n.º 2: “a nomenclatura ‘Autoridade Policial’, de que tratam o Código de Processo Penal, a Lei Federal n.º 9099/95 e a legislação correlata, refere-se ao Delegado de Polícia, integrante de carreira jurídica, presidente das atividades de polícia judiciária e dirigente das Polícias Civil e Federal”.

A possibilidade de dispensa da fiança pelo juiz encontra-se insculpida no art. 350 do CPP, pela qual o magistrado poderá conceder a liberdade provisória nestes moldes quando a situação econômica do preso assim indicar.

Postula-se que, quando o art. 325, §1º, I remete ao art. 350, o faz não para designar a autoridade que teria a atribuição para dispensa a fiança, pois assim já o teria feito no art. 325, CPP, mas, sim, para sinalizar a condição e procedimento para a dispensa, ou seja, aos verdadeiramente pobres e miseráveis, vedando, deste modo, eventual dispensa de fiança para pessoa de condição financeira abastada.

Neste sentido, André Nicolitt (2001, p. 95) entende que:

“A própria autoridade policial poderá dispensar a fiança e colocar o réu (rectius, indiciado) em liberdade. Tal posição encontra amparo, inclusive numa interpretação histórica, já que na lei 1060/50, antiga redação do art. 4º, a autoridade policial atestava pobreza”.

Data vênia, se dizer:

“é importante frisar que, em nosso entendimento, a expressão ‘réu’ na fala do autor deveria ser alterada para ‘indiciado’ ou ‘investigado’, pois não se deve confundir a fase pré-processual investigativa, onde não há que se falar em réu ou acusado, com a processual, na qual efetivamente ocorre a acusação e, por isso, pode-réu”. (Grifo nosso).

A avaliação da capacidade econômica do indivíduo feita pelo Delegado de Polícia não deve causar estranheza, na medida que o próprio Código de Processo Penal, na forma de seu artigo 32, §2º, aduz que a comprovação de pobreza de alguém poderá ser feita por meio de atestado emitido pela Autoridade Policial.(grifo nosso)

O Código de Processo Penal considera pobre “a pessoa que não puder prover as despesas do processo, nem privar-se dos recursos, indispensáveis ao próprio sustento ou da família”, sendo “**prova suficiente da pobreza o atestado da Autoridade Policial em cuja circunscrição reside o ofendido**”. (grifo nosso).

Inclusive, os Tribunais Superiores pátrios e Tribunais estaduais já se debruçaram sobre a questão da análise da condição de pobreza pelo Delegado de Polícia no âmbito do Inquérito Policial, julgados esses dos quais retiramos os seguintes trechos:

A demonstração do estado de miserabilidade pode resultar de quaisquer outros meios probatórios idôneos, além do atestado de pobreza fornecido por autoridade policial competente. (STF – HC 72.328 – Rel. Min. Celso de Mello – DJe 11.12.2009 29) (grifo nosso).

Sendo assim, **em hipótese de autuação de pessoa comprovadamente hipossuficiente em flagrante em que a tipificação penal repouse em delito cuja previsão abstrata de pena máxima não seja superior a quatro anos de prisão, sanção zênite cominada que, teoricamente, comportaria concessão pela Autoridade Policial, esta poderá ser dispensada, diante dos poucos recursos financeiros demonstrados pelo cidadão.** (grifo nosso)

Assim, o Delegado de Polícia que, no caso concreto, decidir neste sentido deverá determinar a dispensa do arbitramento de fiança em solo policial, atestando formalmente a pobreza do agente e determinando a expedição de Alvará de Soltura, providenciando a comunicação à Autoridade Judiciária e demais cerimônias legais pertinentes.

As primeiras deliberações exaradas pelas Autoridades Policiais produzirão enormes efeitos na vida das pessoas implicadas (vítimas, testemunhas, investigados etc.). Por essa razão, atos administrativos deverão encontrar lastro e fundamentação nos princípios e dispositivos basilares que norteiam o desempenho das práticas oficiais.

Portanto, o Delegado de Polícia, enquanto estudioso, aplicador da ciência jurídica, garantidor do respeito aos direitos fundamentais do cidadão, integrante das carreiras elementares ao exercício da justiça no Brasil, deve cuidar não somente da pesquisa técnica em sua área de conhecimento, mas, acima de tudo, deve buscar, a todo custo, a concretização diária do Direito no meio social em que se encontra inserido.

Nesta toada, conforme expusemos, **não há razão lógica ou jurídica que impeça o Delegado de Polícia de conceder a dispensa de fiança e a concessão de liberdade provisória ao preso em flagrante, quando este cidadão não puder arcar com o valor mínimo legalmente estabelecido, diante de sua hipossuficiência econômica.** (grifo nosso).

Análise crítica: Neste artigo o autor discorre de forma perfeito a questão que antecede à discussão do tema principal que é a franquia, prevista na lei maior dos direitos fundamentais que perpassa sobre a interpretação lexical da palavra autoridade prevista no direito processual escrito que se manifesta claramente de que a autoridade pode ser a autoridade policial que é o delegado de polícia.

Como também, a autoridade policial ao dispensar fiança para os hipossuficientes tem no respaldo do direito processual o poder de atestar a condição de pobreza do indivíduo investigado que ainda se mantém na fase de pré-processo e nem por isso se descarta essa etapa de ser garantidor de direito humano fundamental.

PROCESSUAL PENAL

Já Antonio José Nunes dos Santos em seu artigo sobre o mesmo tema, em resumo de sinopse assim desenvolveu

“O princípio da inocência está insculpido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, ou como alguns doutrinadores preferem, princípio da não culpabilidade.

Internamente, seria um dever de tratamento que se exige que réu seja tratado como inocente, por isso o ônus da prova deve ser do acusador (pois se o réu é inocente, não teria que provar nada), e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda nessa mesma dimensão, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares, quando se prende alguém que não foi definitivamente condenado (trânsito em julgado).

Externamente, se busca proteger o réu contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce da mídia, e garantir os princípios constitucionais referentes à imagem, dignidade e privacidade individual, limitando-se, dessa forma, as explorações midiáticas em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial.

Ademais, somente em casos excepcionais se poderia admitir a prisão válida de alguém, existindo diversas formas de se conceder a liberdade de uma pessoa, a exemplo, a liberdade

provisória como ou sem fiança (art. 5º, LXVI, CF/88), àquele que infringir a lei.

Para adicionar, Marcão (2011, p. 261) defende que a fiança é forma de garantia real que se presta com a finalidade de ter a liberdade de alguém restituída e para que assim permaneça durante o transcurso da investigação policial ou do processo criminal.

Em razão disso, **busca-se defender que a Autoridade Policial não só pode, mas deve dispensar o pagamento a título de fiança, em sede de Delegacia, aos crimes cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4(quatro) anos, tão logo o autuado demonstre insuficiência financeira e preencha os demais requisitos, tais como primariedade delitiva, bons antecedentes, residência fixa e trabalho lícito (ainda que ocasionalmente).**(grifo nosso)

Isso porque restringir a liberdade de alguém apenas por não ter pago o valor da fiança equivaleria à prisão civil por dívida e portanto, flagrante violação aos princípios constitucionais fundamentais de civilidade e proteção da pessoa, assim como total desrespeito ao princípio basilar do direito processual penal: princípio da inocência ou da não culpabilidade.

A rigor, cotejando os princípios da jurisdicionalidade e da presunção de inocência, a prisão de qualquer pessoa deve ser apresentada imediatamente ao Delegado de Polícia, o qual, analisando as circunstâncias do fato, sua materialidade e autoria, decidirá se é caso ou não de prisão em flagrante, podendo instaurar o inquérito policial pelo auto de prisão em flagrante ou instaurá-lo mediante portaria, ou ainda relaxar a prisão por atipicidade ou quando houve infundada justificativa de autoria e materialidade.

Por isso, a autoridade policial deve servir, também, de filtro processual sendo o primeiro garantidor da legalidade e de justiça na função de assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, além de conter excessos do poder punitivo estatal, seja contendo extrapolações seja em proteger a injustiça.

Partindo dessa premissa, não haveria qualquer razão, lógica ou jurídica, para que o Delegado de Polícia fosse impedido de dispensar a fiança, quando a situação econômica do autuado assim recomendasse, mas estivesse autorizado a aumentá-la e reduzi-la. Além disso, o art. 350 pode ser aplicado por analogia ou interpretação extensiva, como autorizado pelo art. 3º do CPP, tudo com o fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais do imputado.

A doutrina majoritária entende que a autoridade policial pode reduzir o valor da fiança de 1/3 a 2/3 ou ainda, aumentá-la de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos (art. 325, I, CPP); além de ter que considerar a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade... (art. 326, CPP), mas estaria proibido de dispensar o pagamento de fiança, mesmo nos casos em que o autuado seja hipossuficiente economicamente e preencha os requisitos da dispensa, em razão do artigo 350 do código de processo penal de 1941, cuja redação restringe que só caberia a dispensa pelo juiz.

É mister lembrar, ainda, que o atual artigo 325 do CPP, alterado pela redação da Lei nº 12.403/2011, não faz nenhuma restrição ao delegado de polícia sobre a possibilidade de também poder dispensar a fiança do preso pobre, ao contrário, ampliou ainda mais, tendo em vista que praticamente todos os incisos e parágrafos do art. 325 é comumente aplicado pela autoridade policial, com exceção apenas do § 1º, I, pois o referido inciso busca a redação desatualizada do

artigo 350 do CPP, em total desarmonia com a moderna sistematização do Direito Penal, apresentando incongruência em relação ao garantismo penal (no sentido de Estado Democrático de Direito).

Vejam os entendimentos de Monteiro.

No que tange à dispensa da fiança pelo delegado, apesar de entendermos que não há óbice lógico ou finalista que a obstaculize, verifica-se que a dispensa poderia ter sido permitida pela nova redação do art. 350 do CPP, todavia, ao se reportar tão só ao juiz, tecnicamente está impedida a autoridade policial em removê-la.

A crítica que fica é que não há razão jurídica para tanto. Não há nada de sobrenatural na avaliação da capacidade econômica de uma pessoa poder ou não pagar para responder ao processo em liberdade. Fazendo jus à fiança e constatada a miserabilidade, deve-se por o preso pobre o mais rápido possível em liberdade, sob pena de afrontar o art. 5º LVI, CF. Qualquer defesa em contrário fere a ordem constitucional e soa mais como capricho ou vaidade que como qualquer razão juridicamente plausível para justificar a impossibilidade da dispensa da fiança pela autoridade policial, ainda que com espeque na competência exclusivamente judicial para impor os deveres dos arts. 327 ou 328 CPP (que muitos delegados já impõem quando da concessão da fiança).

Sobre isso, “quem pode o mais pode o menos”, se o delegado tem o poder de autuar uma pessoa por infração penal ou deixar de autuá-la, podendo, ainda, aumentar ou diminuir o valor da fiança, muito mais pode dispensa o pagamento de fiança do hipossuficiente que preencha os requisitos da liberdade provisória, e ausentes os requisitos da prisão preventiva; Bastando para isso a aplicação do artigo 3º do próprio código de processo penal (interpretação extensiva e analogia), ou ainda, uma simples alteração do artigo 350 do CPP, onde se lê juiz, deveria se ler autoridade (policial ou judicial), como o fez a Lei nº 12.403/2011, sobre as medidas cautelares diversas à prisão.

Vale salientar que se busca que a autoridade policial possa cumprir os requisitos legais de interesse do preso, previamente regulamentados no CPP, minimizando os abusos e violações ao princípio mais importante do direito processual penal e da própria carta Magna federal, a saber, o Princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, haja vista o requisito ser um direito subjetivo do autuado, não estando o delegado de polícia violando a sistemática jurídica.

Por fim, a doutrina ressalta que para a plena aplicação do Direito Penal do Equilíbrio, devem ser observados os princípios: da intervenção mínima, lesividade, adequação social à medida, insignificância, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

O art. 350 do Código de Processo Penal traz a hipótese de liberdade provisória, a partir da dispensa de fiança aos crimes cuja pena máxima privativa de liberdade não seja superior a 4 (quatro) anos, quando se verificar que o preso hipossuficiente economicamente preencha os requisitos para concessão do benefício e estejam ausentes os pressupostos da prisão preventiva”.

Análise crítica: O autor acima consegue de forma direta descrever a existência de outro princípio de direito fundamental, o da inocência com a questão da dispensa da fiança por parte do delegado arguindo a lógica se pode arbitrar a escala dos valores para menos ou para mais,

ele pode sim, dispensar a fiança da pessoa que demonstre sua condição de não possuir o mínimo de poder aquisitivo em pagar o valor da fiança.

E está evidenciado que há respaldo na lei processual e sua interpretação pouco dogmática e quase zetética da autoridade policial avaliar a capacidade de uma pessoa de ser pobre e não ter o mínimo, sendo até injusto de continuar preso, mesmo em prazo curto em comparação daquele cidadão que comete crime igual e responderá em liberdade imediata somente porque pode pagar a fiança.

No seu artigo conjunto os delegados de polícia Zanotti. Bruno Taufner Santos e Cleopas Isaías Santos escreveram de forma atual sobre o tema, a seguir

“Reconhecendo que em um estado constitucional a liberdade é a regra, o constituinte originário estabeleceu que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança” (CF, art. 5º, inc. LXVI)”. Desse modo, nenhuma autoridade poderá prender (recolher à prisão) ou manter preso um cidadão quando a liberdade provisória for possível.

Diante dessa regra, o legislador da recente reforma das medidas cautelares no Processo Penal pátrio tratou da matéria, inclusive indo além da regulamentação originária do Código de Processo Penal.

Com efeito, a fiança, antes da Lei nº 12.403/2011, era essencialmente uma medida de contracautela, cuja finalidade era restaurar a liberdade de locomoção de alguém preso em flagrante (art. 310, caput, inc III; art. 322, caput e par. único, todos do CPP).

Além disso, a competência (administrativa e jurisdicional) para arbitrá-la era estabelecida a partir da natureza da pena do crime que ensejou a prisão em flagrante. Se a pena fosse de detenção, a autoridade poderia estabelecê-la. Se de reclusão, somente ao juiz caberia arbitrá-la.

Com a reforma, além de sua originária natureza contra cautelar, a fiança passou a ter também natureza de medida cautelar autônoma, alternativa à prisão, nos termos do novel art. 319, inc. VIII, do CPP.

Está com a razão, pois, Gustavo Badaró, ao afirmar que, *“com a sistemática instituída pela Lei nº 12.403/2011, a fiança passou a ter natureza híbrida, podendo ser tanto uma medida cautelar autônoma, quanto uma contracautela à prisão”*.

Outra mudança que importa aqui destacar diz respeito ao novo critério diferenciador da competência para arbitrar a fiança, que deixou de ser a qualidade da pena e passou a ser a quantidade de pena.

Com efeito, a redação anterior do art. 322 do CPP previa que a autoridade policial poderia arbitrar a fiança nos crimes punidos com detenção ou prisão simples.

Por outro lado, de acordo com a nova redação do art. 322 do CPP, “A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Nos demais casos, a fiança será requerida ao juiz, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas”.de custódia.

A primeira ressonância da nova regulamentação, na atividade do delegado de polícia,

foi à ampliação do leque de crimes afiançáveis pela autoridade policial, já que a grande maioria dos crimes punidos com detenção possuem pena máxima em abstrato de até 3 (três) anos. No Código Penal, por exemplo, apenas um crime é punido com pena de detenção maior que 4 (quatro) anos, que é o infanticídio (art. 123), cuja pena máxima em abstrato é de 6 (seis) anos de detenção. Neste caso, o delegado de polícia não mais poderá arbitrar a fiança.

A Lei nº 12.403/2011 resolveu elencar os crimes inafiançáveis, os mesmos já previstos na Constituição Federal, agora de forma sistemática.

Assim, nos termos do art. 323, são inafiançáveis os seguintes crimes: a) racismo; b) tortura; c) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins; d) terrorismo; e) crimes hediondos; f) crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Nestas hipóteses, a inafiançabilidade é absoluta, por ser em razão da natureza do crime.

Além dessas hipóteses, o legislador descreveu outras que, embora se tratando de crimes afiançáveis, algumas circunstâncias o tornam inafiançáveis. São hipóteses que poderíamos chamar de inafiançabilidade relativa ou circunstâncias de inafiançabilidade,

Tais circunstâncias estão previstas no art. 324 do CPP, a saber: a) quebra, no mesmo processo, da fiança anteriormente concedida; b) descumprimento, sem justo motivo, de qualquer das obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do CPP; c) nos casos de prisão civil ou militar; e d) quando estiverem presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Excluídas as hipóteses de inafiançabilidade anteriormente referidas, e sendo o crime punido com pena máxima em abstrato de até 4 (quatro) anos, o delegado de polícia, após a lavratura do respectivo auto de prisão em flagrante, arbitrará a fiança ao autuado, desde de que, por óbvio, não estejam presentes os motivos que justificam a prisão preventiva (art. 324, inc. IV, do CPP).

O valor da fiança arbitrada pela autoridade policial poderá variar de 1 (um) a 100 (cem) salários mínimos, nos termos do art. 325, inc. I, do CPP.

Para determinar o valor exato a ser arbitrado, o delegado de polícia levará em consideração, segundo o que dispõe o art. 326, do CPP: a) a natureza da infração; b) as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do autuado; c) as circunstâncias indicativas de sua periculosidade; e d) o provável valor das custas processuais.

A depender das condições econômicas do autuado, o delegado de polícia poderá, nos termos do art. 325, § 1º, do CPP: a) reduzir a fiança até o máximo de 2/3 (dois terços); aumentá-la até 1000 (mil) vezes; ou **c) dispensá-la.**(grifo nosso).

Sobre a dispensa da fiança, é importante destacar que a disciplina do art. 326, § 1º, inc. I, do CPP, faz expressa referência ao art. 350 do CPP, o qual, por sua vez, refere-se apenas ao juiz, e não ao delegado de polícia, como autoridade que pode dispensar a fiança. Diante disso, questiona-se: afinal, pode a autoridade policial dispensar a fiança, quando as condições econômicas do autuado assim recomendarem?

A doutrina diverge sobre o tema. Vidal Gomes (2011, p. 467), por exemplo, entende que somente o juiz pode dispensar a fiança. Assim, nas palavras desse autor, “quanto à dispensa da

fiança na hipótese prevista no art. 350 do Código de Processo Penal, a competência para sua concessão neste caso é apenas do juiz, conforme expressamente disposto”.

Outro não é o entendimento de Estulano Garcia e Estulano Pimenta (2009, p. 107). Segundo estes doutrinadores,

“Afiançável o crime, se o réu não tiver condições de pagar a fiança, por ser juridicamente pobre, poderá ser concedida liberdade provisória sem fiança, mas com as vinculações próprias da fiança. Mas somente o juiz poderá conceder a liberdade provisória”.

Não obstante o magistério de tão significativos doutrinadores do direito policial, pensamos de modo diverso. Entendemos que o art. 350 do CPP deve ser aplicado, por analogia, como autorizado pelo art. 3º do mesmo código, tudo com o fim de dar maior eficácia aos direitos fundamentais do imputado.

O respeito aos direitos fundamentais do cidadão é dever de toda autoridade e seus agentes, não havendo espaço imune a suas ressonâncias. Partindo dessa premissa, não haveria qualquer razão, lógica ou jurídica, para que o delegado de polícia fosse impedido de dispensar a fiança, quando a situação econômica do autuado assim recomendasse, mas estivesse autorizado a aumentá-la e reduzi-la.

Pensar de outro modo seria reforçar, ilegítimamente, a já institucionalizada seletividade penal, onde quem pode pagar, livra-se solto, e quem não pode, permanece preso, embora seja possível a concessão de liberdade provisória, independente de fiança, e até mesmo mediante a aplicação de outras medidas cautelares alternativas ao cárcere. De todo modo, a hipossuficiência do autuado não pode ser soterrada, mormente quando evidente a desnecessidade da manutenção de sua prisão.

Na mesma linha, Flaviane Barros e Felipe Machado (2011, p. 72-73), assim se manifestarem sobre o tema: *“Tendo em vista a compreensão de que o juiz não é o único intérprete autorizado do direito (HÄBERLE, 1997), bem como o fato de a interpretação acerca da privação da liberdade do cidadão deve ser sempre mais favorável à conservação do status libertatis, tem-se que a autoridade policial poderia conceder liberdade provisória, com a respectiva dispensa da fiança, nos termos do art. 350 do CPP. Ademais, tem-se que a miserabilidade do cidadão não pode impingir-lhe a prisão por mais tempo do que ocorreria em se tratando de um cidadão rico”.*

Para André Nicolitt (2014, p. 797-798):

“A prisão em flagrante destina-se à sua conversão em prisão preventiva. Em caso de pena não superior a 4 anos, o juiz não poderia decretar a prisão, não sendo razoável recolher o indiciado ao cárcere até que o juiz o isente do recolhimento, nos termos do art. 350 do CPP. Por tal razão, sustentamos que a própria autoridade policial poderá dispensar a fiança e colocar o réu em liberdade”.

Assim, o delegado de polícia poderá dispensar a fiança e conceder liberdade provisória ao autuado, se assim recomendar sua condição econômica, devendo fazê-lo em despacho fundamentado. Entretanto, ao fazer isso, a autoridade policial imporá ao autuado as obrigações previstas nos arts. 327 e 328 do CPP (MARCÃO, p. 749-750)(grifo nosso).

Na hipótese de a autoridade policial se recusar ou retardar a conceder a fiança, haverá constrangimento ilegal, podendo o autuado, ou alguém em seu lugar, prestá-la, por simples petição, junto ao juiz competente, o qual terá o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para decidir, nos

termos do art. 335 do CPP. O momento ideal para essa decisão é a audiência”.

Análise crítica: os autores preveem as hipóteses dos crimes afiançáveis e os inafiançáveis de forma didática, dando fundamentos na legislação em vigor.

A dupla por sua vez na temática principal mantém a mesma linha dos anteriores e mais uma vez invoca a presença do direito fundamental para pugnar pela dispensa da fiança por parte do delegado de polícia quando se verificar a condição paupérrima do indiciado num flagrante delito, mas faz alerta da obrigação das demais condições que a autoridade deve fundamentar em seu despacho e de não retardar ou negar a fiança de correr o risco de responder por constrangimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao exposto e observando os artigos dos autores acima escolhidos e as respectivas resenhas feitas no presente darem para dimensionar o descontentamento por parte dos delegados de polícia e dos estudiosos nesse assunto. Beira-se a certa ‘ vaidade ’ que acho improvável e mais a um excesso de cuidado ou até temeridade por parte dos delegados em não “confrontar-se com os juízes”.

Temer em praticar o crime de prevaricação, de achar que deixou de praticar atos necessários à sua profissão, é não se esforçar em entender que esse crime funcional só se daria se existisse em executar um ato para satisfazer um interesse ou um sentimento pessoal por parte da autoridade policial quando demonstrado ou posteriormente provado de que ele agiu dessa forma.

Ora a avaliação da capacidade econômica e financeira realizada pelo delegado não tem nenhum mistério. Ao fazê-lo numa pessoa em condição de pobreza não exige muito esforço e fácil de constatar.

Quando a autoridade policial acostar o atestado de pobreza do indiciado, se necessários depoimentos de testemunhas e justificar no seu despacho, além de atender as demais obrigações impostas na lei processual, não se vislumbra em nenhuma hipótese a possibilidade de contrariar os ditames de um flagrante delito que dará início a um procedimento policial correto.

Assim, denota-se que ficou claro e embasado com interpretação jurídica e zetéica plausível de que a pergunta trazida no título desse artigo de que delegado de polícia pode conceder a dispensa de fiança e a liberdade provisória ao preso em flagrante quando este não puder arcar com o valor mínimo legalmente estabelecido, diante de sua hipossuficiência econômica? Tem resposta positiva.

REFERÊNCIAS

CABRAL, G. J. C. M. A interpretação zetéica do direito. Revista Juris da Faculdade de Direito, v. 1, p. 1-19, 1999.

MENDES, Leonardo Borges. Novas regras da fiança arbitrada pelo delegado de polícia. Jornal dos delegados- SINDELPOL-RJ, Acesso na internet em data de 02.04.2023.

SANTOS, Antonio José Nunes dos. Dispensa de fiança pela autoridade policial. Direito Processual penal, acesso via internet. Publicado em 26 de julho de 2018. Revista <http://www.ambito-juridico.com.br/site>.

VERGAL, Sandro. A possibilidade de dispensa do pagamento de fiança pela autoridade policial. Publicado em 03.06.2020. Jus Brasil site.

ZANOTTI, Bruno Taufner Santos e Cleopas Isaías Santos. Dispensa de fiança pela autoridade policial, <https://jus.com.br/artigos/45375/delegado-de-policia-e-a-dispensa-da-fianca>, publicado em 20.05.2018. Acesso pela internet na data de 02.04.2023.

Referências apud Nunes dos Santos, Antonio José.

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 26ª ed. São Paulo: Rideel, 2018

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. Manual de processo penal. Saraiva: São Paulo, 2009.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte geral. 19ª ed. Niterói: Impetus, 2017

GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Murilo Cezar Antonini. Dispensa da fiança pela autoridade policial. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3421, 12 nov. 2012. Disponível em: . Acesso em: 1 jun. 2018.

____ Superior Tribunal de Justiça. 2018. Habeas Corpus nº 443743 – SP (0075810-1) disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/568718942/habeas-corpus-hc-443743-sp-2018-0075810-1>>, acesso em 19.05.2018.

____ Superior Tribunal de Justiça. 2016. Habeas Corpus nº 369449 – TO (02297456) disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/468192086/habeas-corpus-hc-369449-to-2016-0229745-6>>, acesso em 19.05.2018.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 7ª ed. Revista, ampliada e atualizada. Jus Podivm. 2012, pg. 670.

ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías Santos. Delegado de Polícia em Ação. Juspodvum. 2014. P. 253.

<https://jus.com.br/artigos/45375/delegado-de-policia-e-a-dispensa-da-fianca>, acesso em 20.05.2018

Referências apud ZANOTTI, Bruno Taufner. SANTOS, Cleopas Isaías Santos

BADARÓ, Gustavo Henrique. Medidas cautelares alternativas à prisão preventiva: comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: FERNANDES, Og. Medidas cautelares no processo penal: prisões e suas alternativas. São Paulo: RT, 2011, p. 258. Para NICOLITT, André. Manual de processo penal. São Paulo: RT, 2014, p. 794.

GOMES, Amintas Vidal. Manual do delegado: teoria e prática. 6. ed. Revista e atualizada por Rodolfo Queiroz Laterza. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

GARCIA, Ismar Estulano; PIMENTA, Breno Estulano. Procedimento policial: inquérito policial e termo circunstanciado. Goiânia: AB, 2009.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. Prisão e medidas cautelares. Belo Horizonte: Del Rey, 2011

MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 749-750.

Capítulo

18



Direito e sociedade uma visão de sobrevivência

Mario Cesar Torres Mendes

DOI: 10.47573/ayd.5379.2.176.18

RESUMO

Na história da Humanidade, o direito se posiciona como elemento pacificador de conflitos sociais. Através dele, é possível a vida em sociedade, por uma regulação, equilíbrio das relações sociais. Mas atualmente, isso não basta. O direito enfrenta desafios hercúleos, no sentido de garantir direitos básicos, antes jamais ameaçados. O pensamento jurídico está preparado para isso? O legislador ordinário tem consciência do gigantesco protagonismo do direito, na própria sobrevivência da humanidade? E o princípio da mínima intervenção do estado? Onde se posiciona? Quais os desafios impostos ao legislador e ao exegeta? Qual o real protagonismo do direito na sobrevivência da humanidade? Essas e outras reflexões serão objeto deste artigo.

Palavras-chave: direito. humanidade. garantia. sobrevivência.

ABSTRACT

In the history of Humanity, the law is positioned as a pacifying element of social conflicts. Through it, life in society is possible, through regulation, balance of social relations. But currently, this is not enough. The law faces herculean challenges, in the sense of guaranteeing basic rights, never threatened before. Is legal thought prepared for this? The ordinary legislator is aware of the gigantic role of law in the very survival of humanity. What about the principle of minimal state intervention? Where are you positioned? What are the challenges imposed on the legislator and the exegete? What is the real role of law in the survival of humanity? These and other reflections will be the object of this article.

Keywords: law. humanity. guarantees. survival.

Direito e sociedade sempre andaram de mãos dadas. A existência de um, não se justifica sem a existência do outro. Mas o direito não é autônomo. É fruto da criação humana e reflete os anseios do indivíduo. É fruto do pensamento humano. Onde ele alcança, o direito chega. Verdadeiramente, o pensamento humano direciona a criação jurídica. A sociedade evolui para novas práticas, novas modalidades de vida, novos negócios, novas atividades e com isso, o direito caminha inserindo seu arcabouço normativo, a disciplinar novidades, promovendo noções de “justo” e “equilibrado”, dentro do prisma da mínima intervenção do estado nas relações sociais privadas.

Entretanto, nos tempos atuais, a relação Direito X Sociedade passa por transformações, indo muito além do “justo” e “equilibrado”, atingindo o papel de garantidor da sobrevivência humana.

Antes, um instrumento pacificador e regulador das relações sociais, atualmente o direito vai muito além disso, traduzindo-se em instrumento imprescindível à sobrevivência do ser humano, dentro da sociedade hostil instalada.

Princípios sociais fortemente estabelecidos outrora, atualmente encontram-se banalizados por uma nova forma de viver eleita pelas pessoas.

Estabeleceu-se assim, uma linha muito tênue a separar o exercício de liberdades indivi-

duais, das patologias psiquiátricas.

Qual é o papel do direito neste cenário cataclísmico? Meramente regulador? Equilibrador como outrora?

Muito além disso, o protagonismo do direito ocupa posição imprescindível a sobrevivência de direitos básicos do ser humano, dentre os quais, a vida.

Segundo John Locke: “O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”¹

Essa finalidade de Locke ficou muito pequena, dentro do universo de hostilidade que a sociedade coloca em prática nos dias atuais. Nesse sentido, o que dizer da mínima intervenção do estado?

Ao escrever o “Leviatã”, Thomas Hobbes definiu o egoísmo humano em uma guerra de todos contra todos. Disse o autor:

“Jamais o mundo seria capaz de satisfazer as necessidades do homem, tendo em vista que estes são egoístas, competem entre si”²

A conotação de Hobbes, aborda o sentido competitivo e egoísta do ser, sobre o agir e pensar.

Atualmente, a conotação social para o tema é outra. Aborda o sentido hostil e vingativo do ser, sobre o prejudicar e destruir. Diálogo e compreensão são substituídos por imposição e ódio. Este, paira sobre o pensamento humano contemporâneo. Sai de cena, o diálogo e a compreensão, substituídos pelo ódio e destruição.

Não se trata de satisfazer as necessidades do homem, mas sim, garantir sua sobrevivência dentro do contexto social hostil em que vivermos. O direito assumiu um papel de tutela social, outrora jamais visto.

A razão de existir do direito transcende o “equilíbrio” e o “justo” atingindo a própria “sobrevivência” da humanidade.

Elejo uma situação para bem ilustrar o protagonismo do direito na proteção à sobrevivência humana

Mulher.

Sob a égide do código civil de 1916, a mulher se traduzia em fragilidade, dona do lar, educadora dos filhos e auxiliadora do marido. Ser humano doce, tratado com carinho, respeito e especial atenção da família e sociedade.

Com essa principiologia, completamente desnecessária a criação de um arcabouço legal para proteção da mulher. O papel do direito então, era meramente equilibrar homens e mulheres em direitos e obrigações, materializado no Inciso I do Artigo 5º da CF-88³.

Para que proteger, aquela que, principiologicamente, já era protegida e respeitada pela

¹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 433

² HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: abril Cultural, 1979, p. 135

³ Inciso I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição

família e sociedade.

Hoje, a mesma família que protegia, mata. Violência física e emocional são recorrentes.

E então, o que fazer?

Pasme!

Aumentar o grau de intervenção do estado nas relações sociais.

Especificamente, nas relações conjugais, como jamais visto.

Além de assustadoras, as estatísticas crescentes de violência doméstica contra a mulher ensejaram a criação de leis diretamente intervencionistas nas relações conjugais.

Outrora dirimidas exclusivamente pelos cônjuges, as relações conjugais tornaram-se objeto de especial atenção e preocupação do Direito.

Ao menor sinal de perigo, o estado intervém preventivamente, para evitar desdobramentos catastróficos à vida humana.

Intervém.

Não para equilibrar relações, mas para preservar a vida.

A que ponto chegamos!

O direito interveio e instalou um arcabouço de proteção à vida da mulher. Vamos protegê-la de quem? Homens? Animais?

Não. Do consorte!

De pessoas que mantém estreita relação afetiva com a mulher. Uma lástima, mas pura realidade.

Assim surgiu a tipificação do feminicídios, como homicídio qualificado, inserida no Inciso VI, § 2º do Artigo 121 do Código Penal pela Lei n. 13.104/2015.⁴

Assim surgiu a Lei n. 11.340/2006, criando um sistema de proteção da mulher.

De se ver, que o direito deixou de ser um instrumento pacificador de conflitos, assumindo efetivo protagonismo na preservação da vida humana.

Entendemos o atual posicionamento do direito na vida em sociedade, quando comparamos práticas sociais hostis vigentes, às definições clássicas dos grandes pensadores.

Para Aristóteles, “o homem se distingue dos demais seres vivos porque é capaz de diferenciar o bem e o mal, o justo do injusto”⁵

Será?

O novel arcabouço normativo de proteção à mulher, indica que essa capacidade está minimizada e, em alguns casos, inexistente.

⁴ Art. 121. Matar alguém; § 2º Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

⁵ Aristóteles, *Política*. São Paulo: Martin Claret 2007, p. 13

Ela não mais subsiste, em sua plenitude, exigindo do direito, um maior protagonismo intervencionista, nas relações pessoais visando, não o equilíbrio, mas preservação da vida humana.

Percebe-se que a relação Direito e Sociedade passa por uma vertiginosa transformação decorrente das significativas mudanças do alicerce valorativo do indivíduo. À medida que o pensamento humano em relação à vida, se degrada vertiginosamente, as práticas sociais se tornam, cada vez mais nocivas à vida humana. O direito então, é conclamado a assumir um maior protagonismo de intervencionismo direto na vida em sociedade, nas relações pessoais e familiares, objetivando, não somente a pacificação e o equilíbrio entre os indivíduos, mas a proteção e preservação da sobrevivência da raça humana.

Afigura-se cada vez mais imperiosa, a proximidade e o estreitamento das relações entre o legislador e o cidadão, quer seja pessoalmente, quer seja por meio de comissões internas do parlamento, buscando maior sensibilidade do legislador aos riscos que pairam sobre a vida humana, com foco nos indivíduos que se encontram expostos à maior vulnerabilidade ou em efetivas situação de risco a vida, quer seja pela violência, fome dignidade humana e por aí vai.

De grande utilidade social, comissões parlamentares e conselhos republicanos permanentes, voltados ao monitoramento de situações de risco e vulnerabilidade da vida humana, não de ser instalados e mantidos pelo parlamento, no afã de, cada vez mais, criar mecanismos jurídicos de proteção à vida e à integridade física, dentro do aparato estatal.

Afigura-se irreversível e crescente, o processo de intervencionismo jurídico nas relações pessoais e familiares, principalmente porque, ele decorre da degradação do valor atribuído pelo ser, à vida humana.

Outrora utilizada para impor padrões de comportamentos sociais, tal qual um manual e comportamento e bons costumes em sociedade, talvez agora, a disciplina da Educação Moral e Cívica reformulada, seja útil e oportuna a transmitir, nos primórdios escolares do indivíduo, valores protetivos da vida e integridade física de seres humanos, atualmente não mais transmitidos dentro do seio familiar, como outrora.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES, Política. São Paulo: Martin Claret 2007, p. 13.

Art. 121. Matar alguém; § 2º Se o homicídio é cometido: VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

HOBBS, Thomas. Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: abril Cultural, 1979, p. 135

LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 43

Organizadora

Jéssyka Maria Nunes Galvão

Mestra e doutora em Direito Internacional pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Advogada e professora, na Faculdade Santa Helena, Recife-PE.

Índice Remissivo

A

abandono 43, 52, 53, 55, 57, 58
abordagem 14, 112, 114, 121, 161, 165, 169, 185, 188, 190, 191, 192, 196, 207, 208
administração 40, 47, 89, 100, 101, 112, 114, 120, 123, 130, 136, 157, 158
afeto 52, 53, 55, 56, 58
agrários 112, 127
alienação parental 51, 52, 53, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64
alienadas 52, 61
ambientais 19, 40, 41, 42, 43, 47, 48, 49
analisar 34, 40, 59, 60, 79, 105, 109, 122, 140
análise 13, 14, 15, 18, 43, 55, 59, 67, 71, 82, 86, 140, 146, 156, 157, 161, 163, 164, 168, 176, 177, 182, 184, 185, 186, 188, 198, 203, 208, 216, 219, 223, 226
aposentadoria 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 35, 36
autismo 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 214, 215, 216, 217, 219, 221
autista 207, 208, 209, 210, 211, 216, 221
auxílio 19, 26, 28, 31, 32, 35, 36

C

comunicação social 76, 85, 87
cotas 133, 134, 135, 136, 137
criança 52, 53, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64
crime 41, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 52, 53, 57, 60, 62, 66, 69, 72, 73, 79, 83, 86, 91, 94, 174, 187, 188, 190, 192, 223, 224, 225, 230, 231, 232, 233
crimes 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49

D

democracia 76, 83, 88, 94, 129, 131, 133, 147
democratização 76
direito 17, 21, 22, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 32, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 63, 64, 66, 67, 68, 70, 71, 73, 74, 77, 79, 80, 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 93, 94, 95, 96, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 110, 114, 115, 117, 121, 123, 124, 127, 129, 130, 132, 133, 140, 150, 152, 153, 154, 159, 160, 165, 166,

168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177,
178, 179, 180, 181, 187, 191, 193, 194, 195, 196,
197, 198, 199, 202, 203, 204, 207, 212, 213, 214,
215, 216, 218, 219, 220, 221, 222, 224, 227, 228,
229, 232, 233, 237, 238, 239, 240

direitos 19, 27, 28, 29, 30, 32, 35, 42, 43, 48, 53, 54, 56,
59, 60, 63, 67, 68, 76, 77, 80, 81, 82, 86, 87, 88, 89,
90, 91, 94, 95, 98, 99, 100, 104, 109

E

educação 54, 56, 57, 62, 104, 133, 137, 198, 199, 201,
202, 203, 204, 205

F

família 26, 30, 31, 32, 33, 46, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 61,
62, 63, 64

fiscal 33, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74

fundiária 106, 107, 112, 113, 115, 126, 127, 128

H

hipossuficiência 223

hipossuficiência 222, 223, 225, 227, 232, 233

home office 13, 15

humanidade 48, 53, 237, 238

I

imprensa 76, 77, 78, 83, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93,
94, 95, 96

inovação 139, 140, 141, 143, 144, 145

J

judiciais 52, 103, 104, 105, 108, 112, 113, 115, 124, 128

judiciário 71, 77, 89, 103, 183, 184, 185, 194

jurídica 13, 14, 20, 21, 22, 23, 29, 33, 41, 43, 44, 45, 48,
55, 57, 72, 79, 80, 83, 91, 99, 103, 104, 112, 113,

114, 117, 121, 123, 124, 125, 127, 128, 129, 171,
176, 178, 180, 182, 195, 196, 206, 207, 208
jurisprudência 36, 55, 72, 73, 74, 81, 92, 114, 117, 121,
122, 124, 125, 128, 129, 150, 170, 174, 182, 184,
192

L

legalidade 14, 17, 23, 54, 55, 67, 91, 111, 112, 114, 120,
121, 122, 123, 125, 126, 129, 130
legislação 14, 15, 17, 22, 23, 26, 27, 29, 32, 33, 35, 36,
40, 41, 43, 49, 53, 62, 63, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 73,
79, 80, 81, 114, 116, 121, 124, 129, 134, 135, 158,
173, 175, 180, 181, 199, 207, 208, 212, 214, 215,
216, 217, 219
legislações 43, 66, 67, 69, 70, 71
legislador 22, 42, 55, 79, 86, 88, 150, 151, 152, 153, 217,
218, 225, 230, 231, 237, 240
legislativo 17, 20, 27, 129, 132, 133, 134, 135, 136, 137
lei 13, 14, 15, 17, 19, 20, 21, 22, 23, 26, 27, 28, 29, 31,
40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 56, 57, 59, 60, 62,
68, 69, 70, 71, 72, 73, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 85,
86, 87, 88, 89, 91, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103,
105, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 118,
119, 121, 122, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130,
135, 147, 150, 151, 153, 159, 160, 165, 168, 169,
173, 175, 179, 181, 182
liberdade 17, 42, 48, 52, 56, 68, 69, 73, 76, 77, 80, 81,
85, 86, 87, 91, 94, 95, 96, 147, 150, 151, 152, 153,
154, 169, 170, 171, 172, 174, 175, 178, 179, 181,
185, 186, 192, 199, 218, 222, 223, 225, 226, 227,
228, 229, 230, 232, 233
licitação 42, 157, 158, 159, 160, 163, 164, 165, 166

M

meio ambiente 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49
método 15, 34, 40, 94, 161, 169, 188, 207
metodologia 15, 23, 52, 161, 166, 184, 186, 188
moradia 98, 104, 105, 106, 107, 108, 109

N

normas 14, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 40, 41, 46, 47, 48, 49

normas jurídicas 41, 112, 121, 122, 125

O

ordenamento jurídico 13, 14, 15, 17

P

pandemia 14, 16, 17, 20, 23, 97, 98, 103, 104, 105, 106, 108, 109

polícia 39, 90, 146, 147, 151, 152, 153, 154, 193, 194, 222, 223, 224, 225, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233

políticas públicas 104, 120, 127, 133, 135, 137, 198, 199, 201, 202, 204

prática 15, 17, 20, 22, 47, 52, 53, 58, 59, 60, 62

pregão 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 165

previdência 22, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37

privacidade 77, 87, 88, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 178, 179, 181

processo 16, 17, 40, 42, 43, 57, 60, 61, 62, 65, 66, 70, 73, 74, 79, 85, 87, 89, 90, 92, 93, 94, 96, 113, 116, 120, 122, 126, 127, 128, 132, 136, 137, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 157, 159, 160, 161, 163, 164, 165

processo penal 66, 70, 73

processos 16, 61, 73, 92, 112, 113, 114, 124, 127, 128, 129

produtor rural 26, 29, 33, 34, 35, 36, 37

proteção 28, 29, 30, 40, 41, 43, 44, 45, 46, 48, 68, 85, 86, 104, 115, 122, 148, 151, 153, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 174, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 199, 202, 206, 207, 208, 212, 213, 215, 216, 219, 220

pública 19, 20, 30, 37, 40, 43, 69, 73, 84, 87, 89, 93, 95, 99, 101, 102, 104, 106, 112, 114, 116, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 130, 131, 150, 151, 153, 157, 158, 159, 160, 161, 163, 164, 166

R

raciais 133, 134, 135, 136, 137

racial 135, 137, 172, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189,
191, 192, 193, 194, 195, 196
responsabilidade 5

S

segurança 13, 14, 20, 22
serviço 13, 16, 20, 30, 31, 47, 71, 136, 150, 157, 164
sistema 5
social 13, 14, 16, 17, 18, 19, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 32,
33, 34, 35, 36, 37, 41, 44, 48, 54, 56, 58, 66, 71, 72,
73, 76, 80, 82, 83, 85, 86, 87, 91, 94, 98, 99, 103,
104, 105, 108, 109, 112, 113, 115, 123, 126, 129,
133
sociedade 14, 18, 28, 36, 45, 53, 54, 55, 56, 59, 64, 70,
74, 76, 77, 78, 79, 83, 84, 85, 86, 89, 91, 92, 93, 94,
95, 98, 103, 104, 109, 120, 122, 123, 127, 128, 129,
133, 134, 135, 136, 137, 148, 152, 154, 170, 172,
174, 184, 185, 187, 189, 190, 191, 200, 207, 208,
212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 236, 237, 238,
239, 240
sociojurídico 184
STF 133, 135, 136, 138, 184, 185, 186, 193, 194, 195,
196
STJ 184, 185, 186, 192, 194
sustentável 33, 40, 49

T

técnica 15, 23, 77, 107, 151, 152, 154, 175, 184, 189
tecnologia 13, 16, 21, 76, 93
teletrabalho 13, 23, 24
trabalho remoto 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22,
23
transtorno 52, 61, 62, 207, 208, 209, 210, 211, 216, 221
transtornos 174, 207, 210, 211, 221
tribunal do júri 75, 76, 82, 86
tributária 66, 67, 69, 71, 72, 73, 74





AYA EDITORA
2023